

الأختيار لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثانى

مقرر تدريسه لطلبة السنة الثانية الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلميه

بيروت - لبنان

يطلب من: **وزارة الشؤون العلمية** بيروت. لبنان
هاتف: ٣٦٦١٣٥
ص: ١١/٩٤٢٤ : تلکس : Nasher 41245 Le

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

البيع في اللغة : مطلق المبادلة ، وكذلك الشراء ، سواء كانت في مال أو غيره . قال الله تبارك وتعالى - إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم - وقال تعالى - ألتك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة - . وفي الشرع : مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تملكاً وتملكاً (١) ، فان وجد تملك المال بالمنافع فهو إجارة أو نكاح ، وإن وجد مجاناً فهو هبة ، وهو عقد مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والمعقول . أما الكتاب فقوله تعالى - وأحلّ الله البيع - وقال - إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم . - وأما السنة فلأنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتبايعون فأقرهم عليه ، وقد باع عليه الصلاة والسلام واشترى مباشرة وتوكيلاً ، وعلى شرعيته الإجماع . والمعقول وهو أن الحاجة ماسة إلى شرعيته ، فان الناس محتاجون إلى الأعواص والسلع والطعام والشراب الذي في أيدي بعضهم ولا طريق لهم إلا البيع والشراء ، فان ما جبلت عليه الطباع من الشح والفضة وحب المال يمنعهم من إخراجه بغير عوض ، فاحتاجوا إلى المعاوضة فوجب أن يشرع دفعاً لحاجته .

(١) ولم يذكر المصنف بتراض ليشمل التعريف ما لا يكون بتراض كبيع المكره فانه ينعقد ، ويمكن الجمع بين قول من ترك هذا القيد ومن ذكره ، بأن من ذكره أراد تعريف البيع النافذ ، ومن تركه أراد تعريف البيع مطلقاً .

الْبَيْعُ يَنْتَعِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ بِلَفْظِي الْمَاضِي كَقَوْلِهِ : بَعْتُ وَاشْتَرَيْتُ وَبِكُلِّ لَفْظٍ يَدُلُّ عَلَى مَعْنَاهُمَا وَبِالتَّعَاطِي (ف) . وَإِذَا أُوجِبَ أَحَدُهُمَا الْبَيْعُ فَلَا خَرَّ إِنْ شَاءَ قَبْلَ وَإِنْ شَاءَ رَدٌّ ، وَأَيُّهُمَا قَامَ قَبْلَ الْقَبُولِ بَطَلَ الْإِيجَابُ ،

وركنه الإيجاب والقبول لأنهما يدلان على الرضا الذي تعلق به الحكم ، وكذا ما كان في معناه . وشرطه : أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل . ومحلّه : المال لأنه ينبي عنه شرعا . وحكمه : ثبوت الملك للمشتري في المبيع والبائع في الثمن إذا كان باتا ، وعند الإجازة إذا كان موقوفا .

قال (البيع ينعقد بالإيجاب (١) والقبول بلفظي الماضي كقوله : بعته واشتريت) لأنه إنشاء ، والشرع قد اعتبر الإخبار بإنشاء في جميع العقود فينعقد به ، ولأن الماضي إيجاب وقطع ، والمستقبل عدة أو أمر وتوكيل ، فلهذا انعقد بالماضي . قال (وبكل لفظ يدل على معناه) كقوله أعطيتك بكذا ، أو أخذه بكذا ، أو ملكتك بكذا ، فقال : أخذت ، أو قبلت ، أو رضيت ، أو أمضيت ، لأنه يدل على معنى القبول والرضى ، والعبرة للمعاني . وكذلك لو قال المشتري : اشتريت بكذا ، فقال البائع : رضيت ، أو أمضيت ، أو أجزت لما ذكرنا . قال (وبالتعاطي) في الأشياء الخسيسة والنفيسة ، نص عليه محمد لأنه يدل على الرضا المقصود من الإيجاب والقبول . وذكر الكرخي أنه ينعقد بالتعاطي في الأشياء الخسيسة فيما جرت به العادة ، ولا ينعقد فيما لم تجر به العادة ؛ ولو قال بعني ، فقال بعته ، أو قال اشتر مني ، فقال اشتريت ، لا ينعقد حتى يقول اشتريت أو بعته ، لأن قوله بعني واشتر ليس بإيجاب وإنما هو أمر ، فإذا قال بعته أو اشتريت فقد وجد شرط العقد ، فلا بد من وجود الآخر ليم . وقيل إذا نوى الإيجاب في الحال انعقد البيع وإلا فلا ، وعلى هذا أبيعك هذا العبد أو أعطيكه ، فيقول الآخر أشتريه أو أقبله أو أخذه إن نوى الأصح وإلا فلا . قال (وإذا أوجب أحدهما البيع فالآخر إن شاء قبل وإن شاء رد) لأنه مخير غير مجبر فيختار أيهما شاء ، وهذا خيار القبول ، ويمتد في المجلس للحاجة إلى التفكير والتروي والمجلس جامع للمتفرقات ، ويبطل بما يبطل به خيار الخيرة لأنه يدل على الإعراض ، وللموجب الرجوع لعدم إبطال حق الغير ، وليس للمشتري القبول في البعض ، لأنه تفريق الصفقة وأنه ضرر بالبائع ، فان من عادة التجار ضم الردى إلى الجيد في البيع لترويح الردى ، فلو صح التفريق يزول الجيد عن ملكه فيبقى الردى فيتضرر بذلك ، وكذلك المشتري يرغب في الجميع ، فإذا فرق البائع الصفقة عليه يتضرر (وأيهما قام قبل القبول بطل الإيجاب) لأنه يدل على الإعراض وعدم الرضا وله ذلك

(١) وهو في اللغة : الإثبات ، وفي الفقه : ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين لأنه يثبت خيار القبول للآخر ، ذكره الشمني . والقبول : ما يذكر آخره .

فَإِذَا وَجِدَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَهُمَا الْبَيْعُ بِلاَ خِيَارٍ مَجْلِسِ (ف) ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ الْمَبِيعِ مَعْرِفَةً نَافِيَةً لِلْجَهَالَةِ ، وَلَا بُدَّ مِنْ مَعْرِفَةِ مَقْدَارِ الثَّمَنِ وَصِفَتِهِ إِذَا كَانَ فِي الذِّمَّةِ ، وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فَهُوَ عَلَى غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَيْلِيِّ وَالْوَزْنِيِّ كَيْلًا وَوَزْنًا وَمَجَازَفَةً ؛ وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلَّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ (سَم) ،

وشطر العقد لا يتوقف على قبول الغائب كمن قال : بعت من فلان الغائب فبلغه فقبل لا ينعقد إلا إذا كان بكتابة أو رسالة ، فيعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة ، وعلى هذا الإجارة والهبة والكتابة والنكاح ؛ ولو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران إن لم يفصلا بين كلاميهما بسكتة انعقد البيع ، وإن فصلا لم ينعقد ؛ وقال بعضهم : ينعقد ما لم يتفرقا بالأبدان ، والأول أصح . قال (فإذا وجد الإيجاب والقبول لزمهما البيع بلا خيار مجلس) لأن العقد تمّ بالإيجاب والقبول لوجود ركنه وشرائطه ، فخيار أحدهما الفسخ إضرارا بالآخر لما فيه من إبطال حقه ، والنص ينفيه ؛ وما روى من الحديث محمول على خيار القبول ، هكذا قاله النخعي لأن قوله المتبايعان يقتضي حاة المباشرة ، وقوله ما لم يتفرقا : أى بالأقوال لأنه يحتمله فيحمل عليه توفيقا . قال (ولا بدّ من معرفة المبيع معرفة نافية للجهالة) قطعا للمنازعة ، فإن كان حاضرا فيكتفى بالمباشرة ، لأنها موجبة للتعريف قاطعة للمنازعة . وإن كان غائبا ، فإن كان مما يعرف بالأنموذج كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب فروية الأنموذج كروية الجميع ، إلا أن يختلف فيكون له خيار العيب ، فإن كان مما لا يعرف بالأنموذج كالثياب والحيوان فيذكر له جميع الأوصاف قطعا للمنازعة ويكون له خيار الروية . قال (ولا بدّ من معرفة مقدار الثمن وصفته إذا كان في الذمة) قطعا للمنازعة إلا إذا لم يكن في البلد نقود لتعينه (ومن أطلق الثمن فهو على غالب نقد البلد) للتعارف . ولو قال : اشتريت هذا الدار بعشرة ، أو هذا الثوب بعشرة ، أو هذا البطيخ بعشرة وهو في بلد يتعامل الناس بالدنانير والدرهم والفلوس ، انصرف في الدار إلى الدنانير ، وفي الثوب إلى الدرهم ، وفي البطيخ إلى الفلوس بدلالة العرف ، وإن لم يتعاملوا بها ينصرف إلى المعتاد عندهم . قال (ويجوز بيع الكيلى والوزنى كيلا ووزنا ومجازفة) ومراده عند اختلاف الجنس ، لقوله عليه الصلاة والسلام « فإذا اختلف الجنس ابيعوا كيف شئتم » ولأنه لا ربا إلا عند المقابلة بالجنس ، لأنه لا تتحقق الزيادة إلا فيه . قال (ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز في قفيز واحد) عند أبي حنيفة إلا أن يعرف جملة قفزاتها ، إما بالتسمية أو بالكيل في المجلس . وقالوا : يجوز في الكل لأن زوال الجهالة بيدها ولا تفضى إلى المنازعة . وله أنه تعذر الصرف إلى الجميع للجهالة في المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل .

وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلِّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ لَمْ يَجُزْ فِي شَيْءٍ مِنْهَا (سَمَف) ، وَالثِّيَابُ كَالْغَنَمِ ، فَإِنْ سُمِّيَ جُمْلَةً الْقُفْزَانِ وَالذَّرْعَانِ وَالْغَنَمِ جَازَ فِي الْجَمِيعِ ؛ وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ مَفَاتِيحُهَا وَبَنَائُهَا فِي الْبَيْعِ ، وَكَذَلِكَ الشَّجَرُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ وَيَجُوزُ بَيْعُ الثَّمَرَةِ قَبْلَ صَلَاحِهَا ،

وهو الواحد لأنه معلوم . فإذا زالت الجهالة جاز في الجميع لزوال المانع ، وإذا جاز البيع في الواحد يثبت للمشتري الخيار لتفريق الصفقة . قال (ومن باع قطع غنم كل شاة بدرهم لم يجز في شيء منها والثياب) والمعدود يتفاوت (كالغنم) وعندهما يجوز في الكل لما مر . وله أن قضية ما ذكرنا الجواز في واحد ، غير أن الواحد في هذه الأشياء يتفاوت فيؤدي إلى المنازعة فصار كالمجهول فلا يجوز . قال (فإن سمي جملة القفزان والذرعان والغنم جاز في الجميع) لانتفاء الجهالة وزوال المانع . قال (ومن باع دارا دخل مفاتيحها وبناؤها في البيع) لأن المفاتيح تبع للأبواب ، والأبواب متصلة بالبناء للبقاء ، والبناء متصل بالعرصة اتصال قرار ، فصارت كالجزم منها فتدخل في البيع ، ولأن الدار اسم للعرصة والبناء فيدخل في بيع الدار (وكذلك الشجر في بيع الأرض) لأن اتصاله كاتصال البناء بخلاف الزرع والثمرة ، لأن اتصالهما ليس للقرار فصار كالمتاع ، ويقال للبائع : اقطع الثمرة واقطع الزرع وسلم المبيع ، لأنه يجب عليه تسليم المبيع إلى المشتري عملاً بمقتضى البيع ، ولا يمكن ذلك إلا بالتفريق فيجب عليه ذلك ، ولو شرطهما دخلاً في البيع عملاً بالشرط . قال عليه الصلاة والسلام « من اشترى نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع » ولو اشترى داراً وذكر حدودها دخل السفلى والعلو والاصطبل والكنيف والأشجار ، لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود ، وأنه يدور على جميع ما ذكرنا ؛ والبستان إذا كان خارج الدار إن كان أصغر منها دخل لأنه من نواحي الدار عرفاً ، وإن كان مثلها أو أكبر لا يدخل إلا بالشرط لخروجه عن الحدود ؛ وتدخل الظلة عندهما إذا كان مفتوحها إليها ، لأنها تعد من الدار عرفاً . وعند أبي حنيفة لا تدخل ، لأن أحد طرفيها على حائط الدار فيتبعها ، والطرف الآخر على دار أخرى أو على أسطوانة فلا تتبعها ، فلا تدخل بالشك حتى تذكر الحقوق ، والظلة : هي التي على ظهر الطريق وهو الساباط ، ويدخل الطريق إلى السكة لأنه لا بد منه . ولو اشترى منزلاً فوقه منزل لا يدخل إلا أن تذكر الحقوق أو كل قليل وكثير ، لأن المنزل اسم لما يشتمل عليه مرافق السكنى . لأنه من النزول وهو السكنى ، والعلو مثل السفلى في السكنى من وجه دون وجه ، فيكون تبناً من وجه أصلاً من وجه ، فإن ذكر الحقوق دخل وإلا فلا . ولو اشترى بيتاً لا يدخل العلو وإن ذكر الحقوق حتى ينص عليه ، لأن البيت ما يبات فيه ، وعلوه مثله في البيتوتة فلا يدخل فيه إلا بالشرط . قال (ويجوز بيع الثمرة قبل صلاحها) والمراد إذا كانت ينتفع

وَيَجِبُ قَطْعُهَا لِلْحَالِ ، وَإِنْ شَرَطَ تَرْكُهَا عَلَى الشَّجَرِ فَسَدَ الْبَيْعُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبَّيعَ ثَمَرَةً ، وَيَسْتَثْنِي مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً . وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا ، وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ . وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْمَسِيلِ .

بِهَا لِلْأَكْلِ أَوِ الْعَلْفِ لِأَنَّهُ مَالٌ مَتَقَوِّمٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ ، أَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُنْتَفَعًا بِهَا لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ مَتَقَوِّمٍ (وَيَجِبُ قَطْعُهَا لِلْحَالِ) لِيَتَفَرَّغَ مَلِكُ الْبَائِعِ (وَإِنْ شَرَطَ تَرْكُهَا عَلَى الشَّجَرِ فَسَدَ الْبَيْعُ) لِأَنَّهُ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي الْبَيْعِ ، فَيَكُونُ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ وَأَنَّهُ مَنُوعٌ عَنْهُ ، وَكَذَا الزَّرْعُ فِي الْأَرْضِ ؛ وَإِنْ تَرَكَهَا بِأَمْرِهِ بِغَيْرِ شَرَطٍ جَازٍ وَطَابِ الْفَضْلِ ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ تَصَدَّقَ بِالْفَضْلِ لِحَصُولِهِ بِأَمْرٍ مُحْظُورٍ ؛ وَإِنْ اسْتَأْجَرَ الشَّجَرَ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ لَوْجُودِ الْإِذْنِ ، وَبَطَلَتِ الْإِجَارَةُ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْتَادٍ ؛ وَكَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى عَظَمُهَا يَجِبُ الْقَطْعُ لِلْحَالِ لَمَّا قُلْنَا ، فَإِنْ تَرَكَهَا طَابَ الْفَضْلُ وَلَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ بِكُلِّ حَالٍ لِأَنَّهُ لَا زِيَادَةَ وَإِنَّمَا هُوَ تَغْيِيرٌ وَصَفٍ ؛ فَإِنْ شَرَطَ بَقَاءَهَا عَلَى الشَّجَرِ جَازَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا لِلْعَرَفِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ تَتَنَاهَ فِي الْعَظَمِ لِأَنَّهُ يَزْدَادُ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَدْ اشْتَرَطَ الْجُزْءَ الْمَعْلُومَ فَلَا يَجُوزُ ؛ فَإِنْ خَرَجَ بَعْضُ الثَّمَرَةِ أَوْ خَرَجَ الْكُلُّ لَكِنْ بَعْضُهُ مُنْتَفَعٌ بِهِ لَا يَجُوزُ الْبَيْعُ لِلْجَمْعِ بَيْنَ الْمَوْجُودِ وَالْمَعْلُومِ وَالْمَتَقَوِّمِ وَغَيْرِ الْمَتَقَوِّمِ فَتَبْقَى حَصَّةُ الْمَوْجُودِ مَجْهُولَةً ؛ وَكَانَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ الْحُلَوَانِي وَالْإِمَامُ أَبُو بَكْرٍ مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ الْبَخَارِيُّ يَفْتِيَانِ بِجَوَازِهِ فِي الثَّمَرِ وَالْبَازِنَجَانِ وَنَحْوَهُمَا ، جَعَلَا الْمَعْلُومَ تَبَعًا لِلْمَوْجُودِ لِلتَّعَامُلِ دَفْعًا لِلْحَرَجِ بِالْخُرُوجِ عَنِ الْعَادَةِ ، وَعَنْ مُحَمَّدِ الْجَوَازِيِّ فِي بَيْعِ الْوَرْدِ لِأَنَّهُ مُتَلَا حَقٌّ . قَالَ شَمْسُ الْأَثَمَةِ السَّرَخْسِيُّ : وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ إِذْ لَا ضَرُورَةَ فِي ذَلِكَ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنَّهُ يَشْتَرَى أَصُولَهَا أَوْ يَشْتَرِي الْمَوْجُودَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَيَحِلُّ لَهُ الْبَائِعُ مَا يَحْدُثُ ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَأَثْمَرَ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ ، وَإِنْ أَثْمَرَ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكُ ، وَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي فِي قَدَرِهِ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَهُوَ مُنْكَرٌ . قَالَ (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبَّيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِي مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً) لِحَالَةِ الْبَاقِي ، وَقِيلَ يَجُوزُ لِحَوَازِ بَيْعِهِ ابْتِدَاءً ؛ وَالْأَصْلُ أَنَّ مَا جَازَ بَيْعَهُ ابْتِدَاءً يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ كَبَيْعِ صَبْرَةٍ إِلَّا قَفِيزًا وَقَفِيزًا مِنْ صَبْرَةٍ ، بِخِلَافِ الْحَمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ حَيْثُ لَا يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ ابْتِدَاءً . قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ) وَكَذَا السَّمْسِمُ وَالْأَرَزُ وَالْجُوزُ وَاللُّوزُ لَمَّا رَوَى أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنْ بَيْعِ السَّنْبُلِ حَتَّى يَبْيَضَ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ ، وَلِأَنَّهُ مَالٌ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَعَلَى الْبَائِعِ تَخْلِيصُهُ بِالْأَيْدِي وَالْأَنْوَاعِ ، وَكَذَا قُطْنٌ فِي فَرَاشٍ وَعَلَى الْبَائِعِ فَتْقُهُ لِأَنَّهُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ . أَمَّا جِذَاذُ الثَّمَرَةِ وَقُطْعُ الرُّطْبَةِ وَقُلْعُ الْجَذُورِ وَالْبَصْلِ وَأَمْثَالُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي لِأَنَّهُ يَعْمَلُ فِي مَلِكِهِ وَلِلْعَرَفِ . قَالَ (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّرِيقِ وَهَبْتُهُ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ فِي الْمَسِيلِ) لِأَنَّ الطَّرِيقَ مَوْضِعٌ مِنَ الْأَرْضِ مَعْلُومٌ

وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنِ سَلَمَةٍ أَوْلاً ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلاً ؛ وَإِنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ أَوْ ثَمَّنَا بِثَمَنِ سَلَمًا مَعًا ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمَنْقُولِ قَبْلَ الْقَبْضِ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْعَقَارِ قَبْلَ الْقَبْضِ (م) ، وَيَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي الثَّمَنِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الثَّمَنِ (ز) وَالسَّلْعَةِ (ز) وَالْحِطُّ مِنَ الثَّمَنِ ، وَيَلْتَحِقُ (ز) بِأَصْلِ الْعَقْدِ ؛ وَمَنْ بَاعَ بِثَمَنِ حَالٍ ثُمَّ أَجَلَهُ صَحَّ ،

الطول والعرض فيجوز ؛ والمسيل : موضع جريان الماء وهو مجهول لأنه يقل ويكثر . قال (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولاً) تحقيقاً للمساواة بين المتعاقدين ، لأن البيع يتعين بالتعيين ، والثمن لا يتعين إلا بالقبض ، فهذا اشترط تسليمه (إلا أن يكون مؤجلاً) لأنه أسقط حقه بالتأجيل ولا يسقط حق الآخر (وإن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن سلماً معاً) تسوية بينهما . قال (ولا يجوز بيع المنقول قبل القبض) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما لم يقبض ، ولأنه عساه يهلك فيفسخ البيع فيكون غرراً ، وكذا كل ما يفسخ العقد بهلاكه كبذل الصلح والإجارة لما ذكرنا ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه يجوز التصرف فيه قبل القبض كالمهر وبذل الخلع والصلح عن دم العمد لأنه لا غرر فيه . قال (ويجوز بيع العقار قبل القبض) وقال محمد : لا يجوز لإطلاق ما روينا وقياساً على المنقول . ولهما أن المبيع هو العرصة ، وهي مأمونة الهلاك غالباً فلا يتعلق به غرر الانفساخ حتى لو كانت على شاطئ البحر ، أو كان المبيع علواً لا يجوز بيعه قبل القبض ؛ والمراد بالحديث النقل ، لأن القبض الحقيقي إنما يتصور فيه وعملاً بدلائل الجواز ، ثم إن كان نقد الثمن في البيع الأول فالثاني نافذ وإلا فوقوف كبيع المرهون والإجارة على هذا الاختلاف . وقيل لا يجوز بالاتفاق لأن المعقود عليه المنافع ، وهلاكها غير نادر بهلاك البناء . قال (ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه) لقيام الملك ، ولا يتعين بالتعيين ولا يكون فيه غرر الانفساخ . قال (وتجوز الزيادة في الثمن والسلعة ، والحط من الثمن ويلتحق بأصل العقد) وقال زفر : هي مبتدأة لأنه لا يمكن جعله ثمنًا ومثمنًا ، لأنه يصير ملكه عوض ملكه فجعلناه هبة مبتدأة . ولنا أن بالزيادة والحط غيرا وصف العقد من الربح إلى الخسران أو بالعكس ، وهما يملكان إبطاله فيملكان تغييره ، ولا بد في الزيادة من القبول في المجلس لأنها تمليك ، ولا بد أن يكون المعقود عليه قائماً قابلاً للتصرف ابتداء حتى لا تصح الزيادة في الثمن بعد هلاكه ، ويصح الحط بعد هلاك المبيع لأنه إسقاط محض والزيادة إثبات ، ولو حط بعض الثمن والمبيع قائم التحق بأصل العقد ، وإن حط الجميع لم يلتحق لأنه يصير الثمن كأن لم يكن فيبطل الحط ، وإذا صححت الزيادة يصير لها حصة من الثمن فيظهر ذلك في المراجعة والتولية ، ولو هلك قبل القبض سقط حصتها من الثمن . قال (ومن باع بثمن حال ثم أجله صح)

وَمَنْ مَلَكَ جَارِيَةً يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْئُهَا وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ
أَوْ شَهْرٍ أَوْ وَضَعِ حَمْلٍ ؛ وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَلْبِ وَالْفَهْدِ وَالسَّبَاعِ مُعَلِّمًا كَانَ أَوْ
غَيْرَ مُعَلِّمٍ ،

لأنه حقه ؛ ألا ترى أنه يملك إسقاطه فيملك تأجيله ؟ وكل دين حال يصح تأجيله لما ذكرنا
إلا القرض لأنه صلة ابتداء حتى لا يجوز من لا يملك التبرعات ، والتأجيل في التبرعات
غير لازم كالإعارة معاوضة انتهاء ، ولا يجوز التأجيل فيه لأنه يصير بيع الدرهم بالدرهم
نسيئة وأنه حرام . قال (ومن ملك جارية يحرم عليه وطؤها ودواعيه حتى يستبرئها بحیضة
أو شهر أو وضع حمل) وأصله قوله عليه الصلاة والسلام في سبایا أوطاس « ألا لاتوطأ
الحبالی حتى یضعن ، ولا الحبالی حتى یستبرثن بحیضة » نهی عن وطء المملوكات بالسبي
إلى غاية الاستبراء ، فيتعلق الحكم به عند تجدد الملك بأي سبب كان كالشراء والهبة والوصية
والميراث ونحوها ، والشهر كالحیضة عند عدمها لما عرف ؛ وإن حاضت في أثناء الشهر
انتقل إلى الحیضة كما في العدة ؛ والمعتبر ما يوجد بعد القبض حتى لو حاضت أو وضعت
قبل القبض يجب الاستبراء ، وكما يحرم الوطء يحرم دواعيه احترازاً عن الوقوع فيه كما
في العدة ، بخلاف الحيض لأن الحرمة للأذى ولا أذى في اللواعي ؛ ومن وطئ جاريته ثم
أراد أن يبيعها أو يزوجهما يستحب له أن يستبرئها ، وإن لم يستبرئها فالأحسن للزوج أن
يستبرئها . وأما ممتدة الطهر ، قال أبو حنيفة : لا يوطؤها حتى تتيقن بعدم الحمل ، وروى
عنه سنتان وهو الأحوط وهو قول زفر ، لأن الولد لا يبقى أكثر من سنتين على ما عرف .
وعنه أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهو قول محمد لأنها عدة الوفاة للحرّة تعرف بها براءة
الرحم . وعن محمد شهران وخمسة أيام لأنه عدة الأمة ، وعن أبي حنيفة ، وهو قول
أبي يوسف ثلاثة أشهر لأنها تعرف براءة الرحم في حق الآيسة والصغيرة . وعند الشافعي
أربع سنين لأنه أكثر مدة الحمل عنده . وقال أبو مطيع البلخي (١) : تسعة أشهر لأنه
المعتاد في مدة الحمل ؛ ويجب الاستبراء إذا حدث له ملك الاستمتاع بملك اليمين ، سواء
وطئها البائع أولاً ، أو كان بائعها ممن لا يوطأ كالمرأة والصغير والأخ من الرضاع ، وكذا إن
كانت بكراً . وعن أبي يوسف أنه لا استبراء في هذه الصورة ، وهو قول مالك ، وعلى هذا
الخلاف إذا حاضت في يد البائع بعد البيع قبل القبض لأن الاستبراء للتعرف على براءة الرحم
وهي ثابتة في هذه الصور ظاهراً . وجه الأول أن سبب الاستبراء الإقدام على الوطء في ملك
متجدد بملك اليمين ، وحكمته التعرف عن براءة الرحم ، والحكم يدار على السبب لا على
الحكمة ؛ ولو اشترى امرأته فلا استبراء لأنه لا يجب صيانة مائه عن مائه . قال (ويجوز بيع
الكلب والفهد والسباع معلماً كان أو غير معلّم) لأنه حيوان منتفع به حراسة واصطياداً

(١) هو من أصحاب الإمام أبي حنيفة ، وروى عنه الفقه الأكبر

وأهل الذمة في البيع كالمسلمين ، ويجوز لهم بيع الخمر والخنزير ،
ويجوز بيع الأخرس ، وسائر عقوده بالإشارة المفهومة ؛ ويجوز بيع
الأعمى وشرائه ، ويثبت له خيار الرؤية ، ويسقط خياره بحس المبيع
أو بشمه أو بذوقه ، وفي العقار بوصفه .

فيجوز ولهذا ينتقل إلى ملك الموصى له والوارث ، بخلاف الحشرات كالحية والعقرب
والضب والقنفذ ونحوها ، لأنه لا ينتفع بها . وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور
لأنه ممنوع عن إمساكه مأمور بقتله ؛ ويجوز بيع الفيل . وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة ،
والأصح الجواز لأنه ينتفع بجلده . وعن أبي حنيفة جواز بيع الحى من السرطان والسلحفاة
والضفدع دون الميت منه ؛ ويجوز بيع العلق لحاجة الناس إليه . قال (وأهل الذمة في البيع
كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوا الجزية فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ،
وعليهم ما على المسلمين » (ويجوز لهم بيع الخمر والخنزير) لأنه من أعز الأموال عندهم ،
وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، يؤيده قول عمر رضى الله عنه : ولو هم يبيعها . قال
(ويجوز بيع الأخرس ، وسائر عقوده بالإشارة المفهومة) ويقتص منه وله ، ولا يحد
للقذف ولا يحد له ، وكذلك إذا كان يكتب ، لأن الكتابة من الغائب كالخطاب من الحاضر
والنبي عليه الصلاة والسلام أمر بتبليغ الرسالة ، وقد بلغ البعض بالكتاب ، وإنما جاز
ذلك لمكان العجز ، والعجز في الأخرس أظهر ، ولا يجوز ذلك فيمن اعتقل لسانه أو صمت
يوما ، لأن الإشارة إنما تعتبر إذا صارت معهودة ومعلومة ، فمن كان كذلك فهو بمنزلة
الأخرس بخلاف الحدود لأنها تندرى بالشبهات . قال (ويجوز بيع الأعمى وشرائه) لأن
الناس تعاقدوا ذلك من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا ، ومن الصحابة من عمى وكان
يتولى ذلك من غير نكير . والأصل فيه حديث حبان بن منقذ ، وهو ما رواه عمر رضى
الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إذا ابتعت فقل لا خلافة (١) ولى الخيار ثلاثة
أيام » وكان أعمى ذكره الدارقطنى . ولأن من جاز له التوكيل جاز له المباشرة كالبصير
(ويثبت له خيار الرؤية) لأنه اشترى ما لم يره على ما يأتى إن شاء الله تعالى (ويسقط خياره
بحس المبيع أو بشمه أو بذوقه ، وفي العقار بوصفه) وفي الثوب بذكر طوله وعرضه لأنه
يحصل له بذلك العلم بالمشتري كالنظر من البصير وبل أكثر ؛ ولو وصف له العقار ثم أبصر
لا خيار له ؛ ولو اشترى البصير ما لم يره ثم عمى فهو كالأعمى عند العقد .

(١) قوله لا خلافة : أى لا خديعة .

فصل

الإقالة جائزة ، وتتوقف على القبول في المجلس ، وهي فسخ في حق المتعاقدين (سم) بيع جديد في حق ثالث (ز) ،

فصل

(الإقالة جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أقال نادما بيعته أقال الله عشرته يوم القيامة » ولأن للناس حاجة إليها كحاجتهم إلى البيع فتشريع ، ولأنها ترفع العقد فصارت كالطلاق مع النكاح (وتتوقف على القبول في المجلس) لأنها بمنزلة البيع لما فيها من معنى التملك ، وتصح بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل لأنها لا يحضرها السوم غالبا كالنكاح . وقال محمد : لا بد من لفظين ماضيين لأنها تملك بعوض كالبيع ، وجوابه ما مر ، ولا تصح إلا بلفظ الإقالة ، فلو تقايلا بلفظ البيع كان بيعا بالإجماع ، لأن الإقالة تنبئ عن الرفع والبيع عن الإثبات فتتافيا ، ولا تبطل بالشروط الفاسدة عند أبي حنيفة ، وتبطل عند أبي يوسف . قال (وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث) عند أبي حنيفة ، فان تعذر جعلها فسخا بطلت . وقال أبو يوسف : بيع جديد في حق الكل ، فإن تعذر ففسخ ، فان لم يمكن بطل . وقال محمد : فسخ ، فان تعذر فبيع ، فان لم يمكن بطل . وقال زفر : فسخ في حق المتعاقدين وغيرهما ، وصورته : لو تقايلا قبل القبض فهو فسخ بالإجماع ، ويبطل شرط الزيادة والنقصان ، أما عندهما فظاهر ، وكذا عند أبي يوسف لأنه تعذر جعله بيعا إلا في العقار حيث يجوز بيعه قبل القبض عنده . ولو تقايلا بعد القبض فهو فسخ عند أبي حنيفة ، ويلزمه الثمن الأول جنسا ووصفا وقدرا ، ويبطل ما شرطه من الزيادة والنقصان والتأجيل والتغير ، لأن الإقالة رفع فيقتضي رفع الموجود ، والزيادة لم تكن فلا ترفع إلا إذا حدث بالمبيع عيب ، فيجوز بأقل من الثمن الأول ، لأن النقصان في مقابلة العيب ، ولو حدثت الزيادة في المبيع كالولد ونحوه بعد القبض بطلت الإقالة عنده لتعذر الفسخ بسبب الزيادة ، وعند أبي يوسف الإقالة جائزة بما سميا كالبيع الجديد ، وحدوث الزيادة بعد القبض لا يمنع ذلك . وعند محمد إن سكوت أو سمي الثمن الأول أو أقل أو دخله عيب فهو فسخ ، أما إذا سمي الأقل فلا لأنه سكوت عن البعض ، ولو سكوت عن الكل كان فسخا فكذا عن البعض ، وأما إذا ذكر الثمن الأول فظاهر ، وأما إذا دخله عيب فلما مر ، وإن سميا أكثر أو خلاف الجنس أو حدثت الزيادة فهو بيع جديد لتعذر الفسخ . وجه قول محمد أنه فسخ بصيغته ، لأن الإقالة تنبئ عن الرفع ، ومنه : أقلني عشرتي بمعنى الرفع والإزالة ، وفيه معنى البيع لكونه مبادلة المال بالمال ، فاذا أمكن العمل بالصيغة يعمل بها

وَهَلَاكُ الْمَبِيعِ يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقَالَةِ ، وَهَلَاكُ بَعْضِهِ يَمْنَعُ بِقَدْرِهِ ، وَهَلَاكُ الثَّمَنِ لَا يَمْنَعُ .

باب الخيارات

خِيَارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ لِلْمُتَبَايِعِينَ وَلِأَحَدِهِمَا ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ (سم) ،

وإلا يعمل بالمعنى ، فاذا سكت أو سمي الثمن الأول أو أقل منه أو دخاه عيب فقد أمكن العمل بالصيغة لما بينا . ولأبي يوسف أنه بيع لأنه مبادلة المال بالمال عن تراض فيعمل به إلا إذا تعذر فيعمل بالصيغة ، وإنما يتعذر عنده في الإقالة في المنقول قبل القبض على ما تقدم . ولأبي حنيفة أن الإقالة تنبئ عن الفسخ والإزالة لما بينا ، فلا تحمل معنى آخر نفيا للاشتراك ، والأصل العمل بحقيقة اللفظ ، فاذا تعذر لا يجعل بيعا مبتدأ لأنه ضد الرفع فيبطل . وأما كونه بيعا في حق ثالث وهو الشفيع ، فصورته : باع دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقابل البائع والمشتري ، فللشفيع الشفعة خلافا لزفر ، لأن ما هو فسخ في أحدهما فهو فسخ في حق غيرهما كالرد بخيار الشرط . وجوابه أن الإقالة نقل ملك بايجاب وقبول بعوض مالى وهو سبب وجوب الشفعة ، وهما عبرا عنه بالإقالة لإسقاط حقه ، ولا يملكان ذلك ، وكذا لو وهبه شيئا وقبضه فباعه الموهوب له ثم تقايلا ، ليس للواهب الرجوع ويصير الموهوب له كالمشتري . قال (وهلاك المبيع يمنع صحة الإقالة) لأن الفسخ يقتضى قيام البيع وهو بقاء المبيع (وهلاك بعضه يمنع بقدره) لقيام البيع فى الباقي (وهلاك الثمن لا يمنع) لقيام البيع بدونه ، وإن تقايضا فهلاك أحدهما لا يمنع الإقالة ، لأن كل واحد منهما مبيع ، فيكون البيع قائما ، ويرد قيمة الهالك أو مثله ، لأنه إذا انفسخ فى الباقي ينفسخ فى الهالك ضرورة ، وقد عجز عن رده فيرد عوضه ، ولو هلك العوضان لاتصح الإقالة وتصح لو هلك البدلان فى الصرف ، والفرق أن العقد يتعلق بالعين فى العروض دون الأثمان فكذا فى الإقالة ، والله أعلم .

باب الخيارات

(خيار الشرط جائز للمتبايعين ، ولأحدهما ثلاثة أيام فما دونها) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ وكان يخدع فى البياعات « إذا ابتعت فقل لا خلافة ، ولى الخيار ثلاثة أيام » (ولا يجوز أكثر من ذلك) وهو قول زفر ، وقالوا : يجوز إذا ذكر مدة معلومة ، لأن الخيار شرع نظرا للمتعاقدين للاحتراز عن الغبن والظلامة ، وقد لا يحصل ذلك فى الثلاث فيكون مفوضا إلى رأيه ، ومذهبهما منقول عن ابن عمر . ولأبي حنيفة أن

وَمَنْ لَهُ الْخِيَارُ لَا يَفْسَخُ إِلَّا بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ (س) ، وَلَهُ أَنْ يُجِيزَ بِحَضْرَتِهِ وَغَيْبَتِهِ ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُورَثُ ؛ وَمَنْ اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَّازٌ فَكَانَ بِخِلَافِهِ ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهٗ ؛ وَخِيَارُ الْبَائِعِ لَا يُخْرِجُ الْمَبِيعَ عَنْ مِلْكِهِ ، وَخِيَارُ الْمُشْتَرِي يُخْرِجُهُ وَلَا يَدْخُلُهُ فِي مِلْكِهِ (س)

الأصل ينفي جواز الشرط لما فيه من نفي ثبوت الملك الذي هو موجب العقد فلا يصح كسائر موجبات العقد ، وكذلك النص ينفيه ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام لعناب ابن أسيد حين بعثه إلى مكة « انهم عن بيع وشرط ، وبيع وسلف » . وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، إلا أنا عدلنا عن هذه الأصول وقلنا بجوازه ثلاثة أيام لما روينا من حديث حبان ، والحاجة إلى دفع الغبن تندفع بالثلاث فبقى ما وراءه على الأصل والحاجة للبائع والمشتري فثبت في حقهما ؛ ولو شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام أو لم يبين وقتا ، أو ذكر وقتا مجهولا فأجاز في الثلاث أو أسقطه ، أو سقط بموته أو بموت العبد ، أو أعتقه المشتري ، أو أحدث فيه ما يوجب لزوم العقد ينقلب جائزا خلافا لزفر لأنه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا . ولأبي حنيفة أن المفسد لم يتصل بالعقد ، لأن الفساد باليوم الرابع ، حتى إن العقد إنما يفسد بمضى جزء من اليوم الرابع فيكون العقد صحيحا قبله ، ولأنها مدة ملحقة بالعقد مانعة من انبرامه فجاز أن ينبرم باسقاطه كالخيار الصحيح ، وشرط خيار الأبد باطل بالإجماع . قال (ومن له الخيار لا يفسخ إلا بحضرة صاحبه) أى بعلمه (وله أن يجيز بحضرته وغيبته) وقال أبو يوسف : يفسخ بغيبته أيضا ، لأن الخيار أثبت له حق الإجازة والفسخ ، فكما تجوز الإجازة مع غيبته فكذا الفسخ . ولهما أنه فسخ عقد فلا يصح من أحدهما كالإقالة ، بخلاف الإجازة لأنها إبقاء حق الآخر فلا يحتاج إلى علمه ، والفسخ إسقاط حقه فاحتاج إليه ، فاذا فسخ بغيبته فعلم به في المدة تم الفسخ ، وإن لم يعلم حتى مضت المدة تم العقد . قال (وخيار الشرط لا يورث) لأنه مشيئة وترو ، وذلك لا يتصور فيه الإرث لأنه لا يقبل الانتقال . أما خيار العيب فلأن المشتري استحق المبيع سليما فينتقل إلى وارثه كذلك . وأما خيار التعيين فانه ثبت له ابتداء لاختلاط ملك المورث بملك الغير . قال (ومن اشترى عبدا على أنه خباز فكان بخلافه ، فإن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده) لأن هذا وصف والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فيأخذه بجميع الثمن ، إلا أنه فاته وصف مرغوب فيه مستحق بالعقد ، فنفواته يثبت له الخيار لأنه ما رضى بدونه كوصف السلامة ، وعلى هذا اشتراط سائر الحرف . قال (وخيار البائع لا يخرج المبيع عن ملكه ، وخيار المشتري يخرج منه ولا يدخله في ملكه) اعلم أن البيع بشرط الخيار لا انعقد في حق حكمه وهو ثبوت الملك ، بل يتوقف ثبوت حكمه على سقوط

وَمَنْ شَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ جازَ (ز) وَيَثْبُتُ لَهُمَا ، وَأَيُّهُمَا أَجَازَ جازَ وَأَيُّهُمَا
فَسَخَّ أَنْفَسَخَ ،

الخيار ، لأنه بالخيار استثنى مباشرة العقد في حق الحكم فامتنع حكمه إلى أن يسقط الخيار ،
ثم الخيار إما أن يكون للبائع أو للمشتري أو لهما ، فإن كان للبائع فلا يخرج المبيع عن ملكه
لأنه إنما يخرج بالمرضاة ، ولا رضا مع الخيار حتى نفذ إعتاق البائع ، وليس للمشتري
التصرف فيه ، ولو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار فعليه قيمته لأنه لم ينفذ
البيع ، ولا نفاذ للتصرف بدون الملك ، فصار كالمقبوض على سوم الشراء وفيه القيمة ،
ولو هلك في يد البائع لاشيء على المشتري كالصحيح ، ويخرج الثمن من ملك المشتري
بالإجماع ، ولا يدخل في ملك البائع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وإن كان الخيار للمشتري
يخرج المبيع عن ملك البائع ، لأن البيع لزم من جانبه ، ولا يدخل في ملك المشتري عند
أبي حنيفة ، وعندهما يدخل ، والثمن لا يخرج من ملك المشتري بالإجماع ، ولا يملك البائع
مطالبته قبل الثلاث . وجه قولهما في الخلافات أنه لما خرج المبيع عن ملك البائع وجب
أن يدخل في ملك المشتري لئلا يصير سائبة بغير مالك ولا نظير له في الشرع . ولأبي حنيفة
أن الخيار شرع للتروي ، فلو دخل في ملكه ربما فات ذلك بأن كان قريبا له فيعتق عليه ،
ولأن الثمن لم يخرج عن ملكه ، فلو دخل المبيع في ملكه اجتمع البدلان في ملك واحد ولا
نظير له في الشرع ، وقضية المعاوضة المساواة ، ودخوله في ملكه ينفيها ، وإن هلك في يد
المشتري هلك بالثمن ، وكذلك إن دخلها عيب لأن بالعيب يمتنع الرد ، والهلاك لا يخلو عن
مقدمة عيب ، فیهلك بعد انبرام العقد فيلزمه الثمن ، ويعرف من هذين الفصلين الحكم فيما إذا
كان الخيار لهما لمن يتأمله إن شاء الله تعالى . وثمرة الخلاف تظهر في مسائل : منها لو كان
المشتري قريبا له لم يعتق عنده ، ولو كانت زوجته لم يفسخ النكاح خلافا لهما فيهما ،
وإن وطئها لا يبطل خياره ، لأنه وطئها بحكم النكاح ، إلا أن تكون بكرا أو نقصها الوطء ،
وعندهما يبطل النكاح ، لأنه وطئها بملك اليمين ، ولو كانت جارية قد ولدت منه لاتصير
أم ولد له عنده خلافا لهما ، ولو حاضت عنده في مدة الخيار ثم أجاز البيع لا يجزئ بتلك
الحیضة عن الاستبراء عنده ، ولو ردّها لا يجب على البائع الاستبراء عنده خلافا لهما فيهما ،
ويبتنى على هذا الأصل مسائل كثيرة يعرفها من أتقن هذه الأصول . قال (ومن شرط
الخيار لغيره جاز ويثبت لهما) والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لأنه موجب العقد ، فلا
يجوز اشتراطه لغير العاقد كالثمن . وجه الاستحسان أنه يثبت له ابتداء ثم للغير نيابة تصحيحا
لتصرفه (وأيهما أجاز جاز ، وأيهما فسخ انفسخ) فإن أجاز أحدهما وفسخ الآخر فالحكم
للأسبق ، وإن تكلما معا فالحكم للفسخ ، لأن الخيار شرع للفسخ فهو تصرف ، فيما شرع

وَيَسْقُطُ الْخِيَارُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، وَبِكُلِّ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا كَالرَّكُوبِ وَالْوَطْءِ
وَالْعِتْقِ وَنَحْوِهِ .

فصل

وَمَنْ اشْتَرَى مَا لَمْ يَرَهُ جَازَ ، وَلَهُ خِيَارُ الرَّوْيَةِ ؛

لأجله فكان أولى ، وقيل تصرف المالك أولى كالموكل . قال (ويسقط الخيار بمضي المدّة
وبكل ما يدلّ على الرضا كالركوب والوطء والعتق ونحوه) .

اعلم أن الخيار يسقط بثلاثة أشياء : أحدها الإسقاط صريحا كقوله : أسقطت الخيار
أو أبطلته ، أو أجزت البيع ، أو رضيت به وما شابهه لأنه تصريح بالرضى فيبطل الخيار .
الثاني الإسقاط دلالة ، وهو كل فعل يوجد من له الخيار لا يحلّ لغير المالك لأنه رضى
بالمالك ، وذلك مثل الوطء واللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة ، وإن فعله بغير شهوة
لا يكون رضى ، وكذلك النظر إلى سائر أعضائها ، لأنه يحتاج إليه للمعاجة وليعرف لينها
وخشونتها ، ولو فعل البائع ذلك فهو فسخ لأنه لا يحتاج إلى ذلك ، وكذلك الركوب لا يجوز
لغير المالك ، فإن ركبها ليردّها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفا فهو على خياره ، وكذلك
إذا سكن الدار أو أسكنها لدليل الرضى ، ولو ركب أو لبس أو استخدم فهو على خياره
لحاجته إلى ذلك للاختبار ، ولو أعاد ذلك بطل خياره لعدم حاجته إليه إلا في العبد إذا
استخدمه في حاجة أخرى لما بينا ، وكذلك كل فعل لا يثبت حكمه في غير الملك كالعتق
والتدبير والكتابة والبيع والإجارة والهبة مع القبض والرهن ، والعرض على البيع من هذا
القبيل ، لأن كل ذلك يدلّ على الرضا بالملك . والثالث سقوط الخيار بطريق الضرورة
كمضيّ مدة الخيار وموت من له الخيار ، فإن الخيار كان لهما فماتا تمّ العقد ، وإن مات
أحدهما فالآخر على خياره ، ولو أغمى عليه أو جنّ أو نام أو سكر بحيث لا يعلم حتى مضت
المدة الصحيح أنه يسقط الخيار ، ولو داوى العبد أو عالج الدابة أو عمر في الساحة أو رمّ
شعث الدار أو لقح النخيل أو حلب البقرة بطل ، لأن هذه التصرفات من خصائص الملك .

فصل

(ومن اشترى ما لم يره جاز ، وله خيار الرويّة) معناه : إن شاء أخذه وإن شاء ردّه ،
وكذا إن كان الثمن عينا ولم يره البائع . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من اشترى
ما لم يره فله الخيار إذا رآه » ولأنه أحد العوضين فلا تشترط رؤيته للانعقاد كالثمن ، ولأنه
لا يفضى إلى المنازعة ، لأنه إذا لم يرض به عند الرويّة يردّه لعدم اللزوم ، وإذا جاز العقد
ثبت له الخيار بالحديث ، وإنما يثبت الخيار عند الرويّة حتى لو أجاز البيع قبلها لا يلزم

وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ فَلَا خِيَارَ لَهُ ، وَيَسْقُطُ بِرُؤْيَا مَا يُوجِبُ الْعِلْمَ بِالْمَقْصُودِ
كَوَجْهِ الْآدَمِيِّ وَوَجْهِ الدَّابَّةِ وَكَفْلِهَا ، وَرُؤْيَا الثَّوْبِ مَطْوِيًّا وَنَحْوِهِ ، فَإِنْ
تَصَرَّفَ فِيهِ تَصَرُّفًا لَازِمًا ، أَوْ تَعَيَّبَ فِي يَدِهِ ، أَوْ تَعَذَّرَ رَدُّ بَعْضِهِ ، أَوْ مَاتَ
بَطْلَ الْخِيَارِ ،

ولا يسقط خياره بصريح الإسقاط قبلها لأنه خيار ثبت شرعا فلا يسقط باسقاطهما ،
بخلاف خيارى الشرط والعيب لأنهما ثبتا بقصد هما وشرطهما ، ويملك فسخه قبل الرؤية
لأن الخيار له ، ولا يمنع ثبوت الملك فى البدلين ، لكن يمنع اللزوم حتى لو باعه مطلقا
أو بشرط الخيار للمشتري أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو رهنه أو وهبه وسلم قبل الرؤية
لزم البيع ، ولو شرط الخيار للبائع أو عرضه على البيع لا يلزم قبل الرؤية ويلزم بعدها لأنه
لم يتعلق به حق الغير لكن رضى ، والرضى قبل الرؤية لا يسقط الخيار . قال (ومن باع
ما لم يره فلا خيار له) وذكر الطحاوى أن أبا حنيفة كان يقول أولا له الخيار ، لأن اللزوم
بالرضى ، والرضى بالعلم بأوصاف المبيع ، والعلم بالرؤية ؛ ثم رجع وقال : لا خيار له ،
لأن النص أثبت للمشتري خوفا من تغير المبيع عما يظنه ودفعاً للغبن عنه ، فلو ثبت للبائع
لثبت خوفا من الزيادة على ما يظنه من الأوصاف وذلك لا يوجب الخيار ، ألا ترى أنه
لو باع عبدا على أنه مريض فاذا هو صحيح لزمه ولا خيار له ؟ . وقد روى أن عثمان بن
عفان رضى الله عنه باع أرضا بالكوفة من طلحة بن عبيد الله رضى الله عنه ، فقبل لعثمان
غبت ؟ قال : لى الخيار فانى بعت ما لم أره ، وقيل لطلحة غبت ؟ فقال : لى الخيار لأنى
اشتريت ما لم أره ، فاحتكما إلى جبير بن مطعم ، فحكم بالخيار لطلحة وذلك بمحض من
الصحابة فحكم جبير ، ورجوعهما إلى حكمه وعدم وجود النكير من أحد من الصحابة دل
على أنه إجماع منهم . قال (ويسقط برؤية ما يوجب العلم بالمقصود كوجه آدمى ووجه
الدابة وكفلها ، ورؤية الثوب مطويا ونحوه) لأن رؤية الجميع غير شرط ، لأنه قد يتعذر
فاكتفى برؤية ما هو المقصود . والوجه فى آدمى هو المقصود ، ألا ترى أن الثمن يزداد
وينقص بالوجه ، وكذلك انوجه والكفل فى الدابة ؛ وأما الثوب فالمراد الثياب التى لا يخالف
باطنها الظاهر ، أما إذا اختلفا فلا بد من رؤية الباطن ، وكذلك لا بد من رؤية العلم لأنه
مقصود ؛ وفى الدار لا بد من رؤية الأبنية ، فان لم يمكن يكتفى برؤية الظاهر ؛ ولا بد
فى شاة اللحم من الجسّ وشاة الدرّ والنسل من النظر إلى الضرع مع جميع جسدها ، واعتبر
بهذا جميع المبيعات . قال (فان تصرف فيه تصرفا لازما أو تعيب فى يده ، أو تعذر رد
بعضه ، أو مات بطل الخيار) وقد بيناه ، ولأنه إذا تعذر ردّ البعض فرد الباقي إضرارا
بالبائع ، وكذلك ردّ المعيب ؛ وأما الموت فلما ذكرنا أنه دخل فى ملكه وبقي له خيار

وَلَوْ رَأَى بَعْضَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَأَى بَاقِيَهُ ، وَمَا يُعْرَضُ بِالْأَنْمُودَجِ رُؤْيَةً
بَعْضِهِ كَرُؤْيَةٍ كُلِّهِ ؛ وَمَنْ بَاعَ مِلْكَ غَيْرِهِ فَاَلْمَالِكُ إِنْ شَاءَ رَدَّهُ وَإِنْ شَاءَ
أَجَازَ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ وَالْمُتَبَايِعَانِ بِحَالِهِمَا .

الرؤية ، وخيار الرؤية لا يورث . قال (ولو رأى بعضه فله الخيار إذا رأى باقيه) لأنه
لو لزمه يكون إلزاما للبيع فيما لم يره وأنه خلاف النص ، وكذلك الإجازة في البعض لا تكون
إجازة في الكل لما مر ، ولا تصح الإجازة في البعض ورد الباقي لما بينا . قال (وما
يعرض بالأنمودج رؤية بعضه كرؤية كله) والأصل أن المبيع إذا كان أشياء إن كان من
العدديات المتفاوتة كالثياب والدواب والبطيخ والسفرجل والرمان ونحوه لا يسقط الخيار
إلا برؤية الكل لأنها تتفاوت ، وإن كان مكيلا أو موزونا وهو الذي يعرض بالأنمودج
أو معدودا متقاربا كالحوز والبيض فروية بعضه تبطل الخيار في كله ، لأن المقصود معرفة
الصفة وقد حصلت وعليه التعارف ، إلا أن يجده أردأ من الأنمودج فيكون له الخيار ،
وإن كان المبيع مغيبا تحت الأرض كالحزر والشلجم (١) والبصل والثوم والفجل بعد
النبات إن علم وجوده تحت الأرض جاز وإلا فلا ، فإذا باعه ثم قلع منه أنمودجا ورضي
به ، فإن كان مما يباع كيلا كالبصل ، أو وزنا كالثوم والحزر بطل خياره عندهما ، وعليه
الفتوى للحاجة وجريان التعامل به . وعند أبي حنيفة لا يبطل ، وإن كان مما يباع عددا
كالفجل ونحوه ، فروية بعضه لا يسقط خياره لما تقدم ، ولو اختلفا في الرؤية فالقول
للمشتري لأنه منكر ؛ وكذلك لو اختلفا في المردود فقال البائع : ليس هذا المبيع ،
وكذلك في خيار الشرط وفي الرد بالعيب القول قول البائع . قال (ومن باع ملك غيره
فالمالك إن شاء رده وإن شاء أجاز إذا كان المبيع والمتبايعان بحالهما) .

اعلم أن تصرفات الفضولي منعقدة موقوفة على إجازة المالك لصدورها من الأهل وهو
الحر العاقل البالغ ، مضافة إلى المحل لأن الكلام فيه ، ولا ضرر فيه على المالك لأنه غير
ملزم له ، وتحتل المنفعة فينعقد تصحيحا لتصرف العاقل وتحصيلا للمنفعة المحتملة ،
ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام دفع دينارا إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضحية ،
فاشتري شاة ثم باعها بدينارين ، واشتري بأحد الدينارين شاة ، وجاء إلى النبي صلى الله
عليه وسلم بالشاة والدينار ، فأجاز صنيعة ولم ينكر عليه ودعا له بالبركة ، وكان فضوليا
لأنه باع الشاة واشتري الأخرى بغير أمره ، وكل عقد له مجيز حال وقوعه يتوقف على
إجازته ، وما لا فلا ، حتى إن طلاق الفضولي وعتاقه ونكاحه وهبته لا ينعقد في حق الصبي
والمجنون ، وينعقد في حق العاقل البالغ ، لأن عند الإجازة يصير الفضولي كالوكيل حتى

(١) قوله والشلجم بالشين المعجمة : نبت معروف اه صحاح . وفي منهاج البيان : هو
اللفت ، ويقال بالسین أيضا .

فصل

مُطْلَقُ الْبَيْعِ يَقْتَضِي سَلَامَةَ الْمَبِيعِ ، وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نَقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التَّجَارِ فَهُوَ عَيْبٌ ، وَإِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَبِيعَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ ،

ترجع الحقوق إليه ، فان الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ، والصبي والمجنون ليسا من أهل الوكالة ولا المباشرة ؛ وللفضولي الفسخ قبل الإجازة لثلاث ترجع الحقوق إليه ، وليس له ذلك في النكاح ، لأن الحقوق لا ترجع فيه إليه لما عرف أنه سفير فيه ، ولا بد من وجود المبيع والمتبايعين عند الإجازة ، إذ لا بقاء للعقد بدونهم . والإجازة : إنفاذ العقد الموقوف ، ولو كان العقد مقايضة يشترط بقاء العوضين والمتعاقدين لما بينا .

فصل

(مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع) لأن الأصل هو السلامة ، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة ، والمطلوب عرفا كالمشروط نصا . قال (وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب) لأن الضرر بنقصان المالية وهم يعرفون ذلك ، وهذا يغني عن ذكر العيوب وتعدادها ، وإذا علم المشتري بالعيب عند الشراء أو عند القبض وسكت فقد رضى به . قال (وإذا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى عَيْبٍ فَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَبِيعَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ) لأنه لم يرض به ، وليس له أخذه وأخذ النقصان إلا برضي البائع ، لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بالعقد ، وكذلك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا ، فوجد بيعه عيبا ليس له أن يمسك الجيد ويرد المعيب ، والأصل في هذا أن المشتري لا يملك تفريق للصفقة على البائع قبل التمام لما بينا ويملك بعده ، وخيار الشرط والروية وعدم القبض يمنع تمام الصفقة ، وبالقبض تتم الصفقة ، والمراد قبض الجميع حتى لو قبض أحدهما ثم وجد بأحدهما عيبا إما أن يردّهما أو يمسكهما ، والمكيل والموزون كالشيء الواحد ، ولا يملك ردّ البعض دون البعض لا قبل القبض ولا بعده ، لأن تمييز المعيب زيادة في العيب ، فكأنه عيب حادث حتى قيل لو كان في وعاءين له ردّ المعيب منهما بعد القبض لأنه لا ضرر ، وكذا لو اشترى زوجي خفّ أو مصراعي باب فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض أو بعده يردّهما أو يمسكهما ، وكذا كل مافي تفريقه ضرر ، وما لا ضرر في تفريقه كالعبدین والثوبين إذا وجد بأحدهما عيبا إن كان قبل القبض ليس له ردّ أحدهما لأنه تفريق الصفقة بل تمامها ، وإن كان بعد القبض يجوز لأنه لا ضرر في تفريقها ، لأن الصفقة قد تمت بالقبض ، فجاز

وَالْإِبَاقُ وَالسَّرِقَةُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ لَيْسَ بِعَيْبٍ فِي الصَّغِيرِ الَّذِي لَا يَعْقِلُ ، وَعَيْبٌ فِي الَّذِي يَعْقِلُ ، وَيُرَدُّ بِهِ إِلَّا أَنْ يُوجَدَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي بَعْدَ الْبُلُوغِ وَانْقِطَاعُ الْحَيْضِ عَيْبٌ ، وَالْإِسْتِحَاضَةُ عَيْبٌ ، وَالْبَخَرُ وَالْدَّفَرُ وَالزَّنا عَيْبٌ فِي الْحَارِيَّةِ دُونَ الْغُلَامِ ، وَالشَّيْبُ وَالْكُفْرُ وَالْجُنُونُ عَيْبٌ فِيهِمَا ، وَإِنْ وَجَدَ الْمُشْتَرِي عَيْبًا وَحَدَّثَ عِنْدَهُ عَيْبٌ آخَرُ رَجَعَ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ وَلَا يَرُدُّهُ إِلَّا بِرِضَا الْبَائِعِ .

رد البعض كما لو اشترى من اثنين ، واستحقاق البعض على هذا التفصيل ما يضره التبعض فهو عيب ، وما لا فلا . قال (والإباق والسرقه والبول في الفراش ليس بعيب في الصغير الذي لا يعقل) لأنه لا يقدر على الامتناع من هذه الأشياء وهو ضال لا آبق (وعيب في الذي يعقل) لأنه تعدد التجار عيبا (ويرد به إلا أن يوجد عند المشتري بعد البلوغ) .

اعلم أن جواز الرد إنما يثبت عند اتحاد الحال بأن فعل هذه الأشياء عند البائع والمشتري حالة الصغير أو حالة الكبير ، أما إذا فعله عند البائع حالة الصغير ، وعند المشتري حالة الكبير فليس له الرد ، لأن شرط ثبوت الرد اتحاد سبب العيب ، وأنه يختلف بالصغر والكبر ، لأن الإباق والسرقه من الصغير لقلة مبالاته وقصور عقله ، ومن الكبير لخبث طبيعته ، والبول في الفراش من الصغير لضعف المثانة ، ومن الكبير لداء في بطنه ، فقد اختلف السببان ، فكان العيب الثاني غير الأول فلا يجب الرد ، بخلاف الجنون حيث له الرد لو جن عند البائع في الصغير ، وعند المشتري بعد البلوغ لأن السبب متحد ، وهو آفة تحل الدماغ في الحالتين . قال (وانقطاع الحيض عيب) لأنه من داء ، ومعناه إذا كانت ممن يحيض مثلها ، وإنما يعرف ذلك بمضي المدة وأدناه شهران ، وقيل لا يردّها إلا إذا ادّعت ارتفاعه بالحبل ، ولو اشترى جارية على أنها تحيض وهي لا تحيض للإياس فهو عيب ، لأنه اشتراها للحبل والآيسة لا تحبل . قال (والاستحاضه عيب) لأن استمرار الدم مرض ، وعدم الحتان عيب في الجارية والغلام إذا كانا كبيرين مولدين ، أما إذا كانا صغيرين أو جليين فليس بعيب . قال (والبخر والدفر والزنا عيب في الجارية دون الغلام) لأن ذلك يخل بالمقصود منها وهو الاستفراش والوثوق بكون الولد منه ، والمراد من الغلام الاستخدام ، ولا يخل ذلك به إلا أن يكون من داء فهو عيب فيه أيضا ، وكذا إذا كان كثير الزنا يتبع الزواني لأنه يشتغل به عن الخدمة . قال (والشيب والكفر والجنون عيب فيهما) أما الشيب والجنون فلائهما ينقصان المسالية ، والكافر تنفر الطباع من استخدامه ويقل الوثوق به لعداوة الدين ، ولذا لا يجوز عتقه في بعض الكفارات وكل ذلك عيب ، والنكاح والدين عيب فيهما لأنه نقص فيهما ، والحبل عيب في الجارية دون بهائم بالعرف . قال (وإن وجد المشتري عيبا وحدث عنده عيب آخر رجع بنقصان العيب ، ولا يردّه إلا برضا البائع)

وإن صبغ الثوب أو خاطه ، أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع
بنقصانه ، وإن مات العبد أو اعتقه رجع بنقصان العيب ، فإن قتله
أو أكل الطعام (سم) كم يرجع ،

لأن من شرط الرد أن يردّه كما قبضه دفعا للضرر عن البائع ، فإذا تعذر ذلك بأن عجز عن
استيفاء حقه في الجزء الفائت وعن الوصول إلى رأس ماله يثبت له حق الرجوع ببدل
الفائت دفعا للضرر عنه ، ونقصان العيب أن يقوم صحيحا ويقوم معيبا ، فما نقص فهو حصة
العيب فيرجع بها من الثمن . قال (وإن صبغ الثوب أو خاطه أو لت السويق بسمن ثم اطلع
على عيب رجع بنقصانه) لأن الرد قد تعذر لأنه لا يمكن الفسخ بدون الزيادة وهي لم تكن
في العقد فيرجع بالنقصان ، وليس للبائع أخذه لما فيه من الضرر بالمشتري ، والزيادة
المنفصلة الحادثة قبل القبض لا تمنع الرد بالعيب وبعده تمنع ، وذلك مثل الولد والعقر والأرش
والثمرة لأنها مبيعة ملكت بالبيع وهي غير مقصودة ليقابلها الثمن ، لأن الأصل بجميع
الثمن ، فلا يمكن ردّها فتبقى سالمة للمشتري بغير عوض وأنه ربا ، ولهذا لا يملك
ردّها برضا البائع ، ولو مات الولد يردّ الأم ، ولو استهلكه هو أو غيره لا تردّ ،
والكسب والغلة لا يمنع الردّ بجميع الثمن فكذا سلامة بدلها . قال (وإن مات العبد أو اعتقه
رجع بنقصان العيب) وكذلك التدبير والاستيلاد ؛ أما الموت فلائنه لإنهاء للملك والامتناع
من جهة الشرع ؛ وأما العتق فهو لإنهاء أيضا ، لأن الملك إنما يثبت في الآدمي موقتا إلى
وقت العتق ، والمنتهى متقرر فصار كالموت فقد تعذر الردّ وهذا استحسان ؛ والقياس
أن لا يرجع في العتق ، لأن الامتناع من جهته كالقتل ، ولو أعتقه على مال أو كاتبه لا يرجع
لأن حبس البدل كحبس المبدل . قال (فإن قتله أو أكل الطعام لم يرجع) أما القتل فلائنه
وصل إليه عوضه معنى وهو سقوط الضمان عنه . وعن أبي يوسف أنه يرجع ، لأن قتل
المولى عبده لا يتعلق به ضمان ؛ وأما الأكل فلائنه تعذر الردّ بفعل مضمون منه فصار
كالقتل ، وقالوا : يرجع استحسانا لأنه عمل بالمبيع ما هو المقصود منه بالشراء والمعتاد فيه
فصار كالإعتاق . قلنا : لا اعتبار بكون الفعل مقصودا ، فإن المبيع مقصود بالشراء ومع
ذلك يمنع الرجوع ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تحرق ، ولو أكل بعض الطعام
فكذا الجواب عنده . وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الجميع . وعنهما يرد ما بقي
ويرجع بنقصان ما أكل لأنه لا يضره التبعض وعليه الفتوى ، وفي كل موضع كان للبائع
أخذه كالعيب الحادث ونحوه فباعه المشتري أو أعتقه لم يرجع بالنقصان ، وفي كل موضع
ليس له أخذه بسبب الزيادة فباعه أو أعتقه المشتري رجع بالنقصان ؛ ومن اشترى بطيخا
أو خيارا أو بيضا أو نحوه فكسره فوجده فاسدا ، فإن كان بحال لا ينتفع به رجع بكل
الثمن لأنه ليس بمال ، وإن كان ينتفع به مع الفساد رجع بالنقصان لأنه تعذر الرد ، لأن

وَمَنْ شَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ فَلَيْسَ لَهُ الرَّدُّ أَصْلًا ، وَإِذَا بَاعَهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ رَدَّ عَلَيْهِ بَعِيْبُهُ إِنْ قَبْلَهُ بِقَضَاءِ رَدِّهِ عَلَى بَائِعِهِ ، وَإِنْ قَبْلَهُ بِغَيْرِ قَضَاءٍ لَمْ يَرُدَّهُ ، وَيَسْقُطُ الرَّدُّ بِمَا يَسْقُطُ بِهِ خِيَارُ الشَّرْطِ .

الكسر عيب حادث فيرجع بالنقصان لما بينا . قال (ومن شرط البراءة من كل عيب فليس له الرد أصلا) لأنه إسقاط والإسقاط لا يفضي إلى المنازعة فيجوز مع الجهالة ، ولو حدث عيب بعد البيع قبل القبض دخل في البراءة عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وزفر لأنه لم يوجد وقت الإبراء فلا يتناوله ، ولأبي يوسف أن المقصود سقوط حق الفسخ بالعيب وذلك البراءة عن الوجود والحادث ، ولو أبرأه من كل غائلة . قال أبو يوسف : هي السرقة والإباق والفجور دون المرض ، لأن الغائلة تختص بالفعل ، وإن أبرأه من كل داء . قال أبو حنيفة : الداء مافى الجوف من طحال أو كبد أو فساد حيض ، وما سوى ذلك يسمى مرضاً . وقال أبو يوسف هو المرض . ولو قال برئت إليك من كل عيب بعينه فإذا هو أعور ، أو من كل عيب بيده فإذا هو أقطع لا يبرأ لأنه ليس بعيب بالمحل بل هو عدم المحل . قال (وإذا باعه المشتري ثم ردَّ عليه بعيب إن قبله بقضاء رده على بائعه) لأنه فسخ من الأصل فجعل كأن لم يكن ، وهو وإن أنكر فقد صار مكذبا شرعا (وإن قبله بغير قضاء لم يردّه) لأنه بيع جديد في حق ثالث لوجود حده وهو التملك والتملك ، وإن ردَّ عليه بعيب لا يحدث مثله رده عليه أيضا لأن الرد متعين فيه فيستوى فيه القضاء وعدمه . قال (ويسقط الرد بما يسقط به خيار الشرط) وقد ذكرت فيه ، وذكر البعض هنا أيضا .

فصل في التلجئة

وهي في اللغة : ما ألجئ إليه الإنسان بغير اختياره ، ولما كان هذا العقد إنما يعقد عند الضرورة سموه تلجئة لما فيه من معنى الإكراه ، وفيه ثلاث مسائل : إحداها أن تكون التلجئة في نفس المبيع ، مثل أن يخاف على سلعته ظالما أو سلطانا فيقول : أنا أظهر البيع وليس ببيع حقيقة وإنما هو تلجئة ويشهد على ذلك ، ثم يبيعها في الظاهر من غير شرط . حكى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن العقد جائز . وروى محمد في الإملاء أنه باطل ولم يحك خلافا ، وهو قول أبي يوسف ومحمد . وجه الأولى أنهما عقدا عقدا صحيحا وما شرطاه لم يذكره فيه ، فلا يؤثر فيه كما إذا اتفقا أن يشرطا شرطا فاسدا ثم يتبايعا من غير شرط . ووجه الثانية أنهما اتفقا على أنهما لم يقصدا العقد فصارا كالهازلين فلا ينعقد . الثانية أن تكون في البدل بأن يتفقا على ألف في السر ويتبايعا في الظاهر بألفين . روى المعلى عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أن الثمن ثمن العلانية . وروى محمد في الإملاء أن الثمن ثمن

باب البيع الفاسد

وَهُوَ يُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقَبْضِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ ،
وَيُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمَبِيعِ حَالَةَ الْفَسْخِ ، فَإِنْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ بَعْدَ
الْقَبْضِ جَازٌ ،

السِّرُّ مِنْ غَيْرِ خِلَافٍ وَهُوَ قَوْلُهُمَا ، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا أَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا الْأَلْفَ الزَّائِدَةَ فَكَأَنَّهُمَا هَزَلَا
بِهَا . وَجِهَ الْأَوَّلُ أَنَّ الْمَذْكُورَ فِي الْعَقْدِ هُوَ الَّذِي يَصْحَحُ الْعَقْدَ بِهِ ، وَمَا ذَكَرَاهُ سِرًّا لَمْ يَذْكُرَاهُ
حَالَةَ الْعَقْدِ فَسَقَطَ حُكْمُهُ . الثَّالِثَةُ اتَّفَقَا أَنَّ الثَّمَنَ أَلْفَ دِرْهَمٍ وَتَبَايَعَا عَلَى مِائَةِ دِينَارٍ . قَالَ مُحَمَّدٌ :
الْقِيَاسُ أَنَّ يَبْطُلَ الْعَقْدُ ، وَالِاسْتِحْسَانُ أَنَّ يَصْحَحَ بِمِائَةِ دِينَارٍ . وَجِهَ الْقِيَاسُ أَنَّ الثَّمَنَ الْبَاطِنَ
لَمْ يَذْكُرَاهُ فِي الْعَقْدِ وَالْمَذْكُورُ لَمْ يَقْصِدَاهُ فَسَقَطَ بَقِي بِلَا ثَمَنٍ فَلَا يَصْحَحُ . وَجِهَ الْاسْتِحْسَانُ أَنَّ
الْمَقْصُودَ بِالْبَيْعِ الْجَائِزِ لَا الْبَاطِلَ ، وَلَا جَائِزٌ إِلَّا بِثَمَنٍ الْعِلَانِيَةِ كَأَنَّهُمَا أَضْرَبَا عَنِ السِّرِّ وَذَكَرَا
الظَّاهِرَ ، وَلَيْسَ هَذَا كَالْمَسْئَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّ الْمَشْرُوطَ سِرًّا مَذْكُورٌ فِي الْعَقْدِ وَزِيَادَةُ وَتَعْلُقُ
الْعَقْدَ بِهِ ، وَيُثَبِّتُ لِهَذَا الْحَيَاةِ فِي بَيْعِ التَّلَجُّةِ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَقْصِدَا زَوَالَ الْمِلْكِ فَصَارَ كَشَرطِ الْحَيَاةِ
لَهُمَا فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِجَازَتِهِمَا ، وَلَوْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا التَّلَجُّةَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ لِأَنَّهُ يَدَّعِي
إِنْفِسَاخَ الْعَقْدِ بَعْدَ انْعِقَادِهِ ، وَيَسْتَحْلِفُ الْآخَرَ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ .

باب البيع الفاسد

(وَهُوَ يُفِيدُ الْمِلْكَ بِالْقَبْضِ) بِأَمْرِ الْبَائِعِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً كَمَا إِذَا قَبِضَهُ فِي الْمَجْلِسِ وَسَكَتَ
حَتَّى يَجُوزَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا الْإِنْتِفَاعَ ، لَمَّا رَوَى « أَنَّ عَائِشَةَ لَمَّا أَرَادَتْ أَنْ تَشْتَرِيَ بَرِيرَةَ
فَأَبَى مَوَالِيهَا أَنْ يَبِيعُوهَا إِلَّا بِشَرطِ أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ ، فَاشْتَرَتْ وَشَرَطَتْ الْوَلَاءَ لَهُمْ ثُمَّ
أَعْتَقَتْهَا ، وَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأُجِيزَ الْعَتَقُ وَأَبْطُلَ الشَّرْطُ » فَالْنَّبِيُّ
عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أُجِيزَ الْعَتَقَ مَعَ فُسَادِ الْبَيْعِ بِالْشَّرْطِ ، وَلِأَنَّ رُكْنَ التَّمْلِيكِ وَهُوَ قَوْلُهُ :
بَعْتُ وَاشْتَرَيْتُ صَدَرَ مِنْ أَهْلِهِ هُوَ الْمَكْلُفُ الْمُخَاطَبُ مُضَافًا إِلَى مَحَلِّهِ وَهُوَ الْمَالُ عَنْ وَلايَةِ ،
إِذَ الْكَلَامُ فِيهِمَا فَيَنْعَقِدُ لِكَوْنِهِ وَسِيلَةً إِلَى الْمَصَالِحِ وَالْفُسَادِ لِمَعْنَى يَجَاوِرُهُ كَالْبَيْعِ وَقَدْ نَدَاءَ ،
وَالنَّهْيُ لَا يَنْبَغِي الْإِنْعِقَادَ بَلْ يَقَرَّرُهُ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي تَصَوُّرَ الْمَنْهَى عَنْهُ وَالْقُدْرَةَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ النَّهْيَ
عَمَّا لَا يَتَصَوَّرُ وَعَنْ غَيْرِ الْمَقْدُورِ قَبِيحٌ ، إِلَّا أَنَّهُ يَفِيدُ مِلْكًا خَبِيثًا لِمَكَانِ النَّهْيِ (وَ) لِهَذَا كَانَ
(لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ فَسْخُهُ) إِزَالَةُ اللَّخْبِثِ وَرَفْعُ الْفُسَادِ (وَيُشْتَرَطُ قِيَامُ الْمَبِيعِ حَالَةَ
الْفَسْخِ) لِأَنَّ الْفَسْخَ بِدُونِهِ مُحَالٌ (فَإِنْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ وَهَبَهُ بَعْدَ الْقَبْضِ جَازٌ) لِمَصَادَقَةِ
هَذِهِ التَّصَرُّفَاتِ مِلْكَهُ وَمَنْعِ الْفَسْخِ ، وَكَذَا كُلُّ تَصَرُّفٍ لَا يَفْسُخُ كَالْتَدْبِيرِ وَالِاسْتِيلَادِ ،
وَمَا يَحْتَمِلُ الْفَسْخُ يَفْسُخُ كَالْإِجَارَةِ ، فَانْهَا تَفْسُخُ بِالْأَعْدَارِ وَهَذَا عَذْرٌ ، وَالرَّهْنُ يَمْنَعُ الْفَسْخَ

وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ قَبْضِهِ إِنْ كَانَ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ ، أَوْ مِثْلُهُ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، وَالْبَاطِلُ لَا يُفِيدُ الْمَلِكَ وَيَكُونُ أَمَانَةً فِي يَدِهِ (سم) ، وَبَيْعُ الْمَيْتَةِ وَالدَّمِ وَالْحَمْرِ وَالْخَنزِيرِ وَالْحَرِّ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ وَالْجَمْعُ بَيْنَ حُرٍّ وَعَبْدٍ (سم) وَمَيْتَةٍ وَذَكِيَّةٍ (سم) بَاطِلٌ ، وَبَيْعُ الْمُكَاتَبِ بَاطِلٌ إِلَّا أَنْ يُحِيزَهُ فَيَجُوزُ ، وَبَيْعُ السَّمَكِ وَالطَّيْرِ قَبْلَ صَيْدِهِمَا ، وَالْأَبَقِ وَالْحَمْلِ وَالنَّتَاجِ وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَاللَّحْمِ فِي الشَّاةِ ، وَجَذْعٍ فِي سَقْفٍ ، وَثَوْبٍ مِنْ ثَوْبَيْنِ فَاسِدٌ ،

فإن عاد الرهن فله الفسخ ، وهذا لأن النقص لرفع حكمه حقا للشرع ، وهذه التصرفات تعلق بها حق العبد وأنه مقدم لما عرف ، (وعليه قيمته يوم قبضه إن كان من ذوات القيم أو مثله إن كان مثليا) لأنه كالغصب من حيث أنه منهي عن قبضه ، ولما كان هذا العقد ضعيفا لمجاورته المفسد توقف إفادة الملك على القبض كالميتة . قال (والباطل لا يفيد الملك) لأن الباطل هو الخالي عن العوض والفائدة (ويكون أمانة في يده) يهلك بغير شيء ، وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يهلك بالقيمة لأن البائع ما رضى بقبضه مجازا ، وله أنه لما باع بما ليس بمال وأمره بقبضه فقد رضى بقبضه بنير بدل مالي فلا يضمن كالإودع . قال (وبيع الميتة والدم والحمر والخنزير والحرة وأُمُّ الولد والمدبر ، والجمع بين حرٍّ وعبد ، وميتة وذكية باطل) أما الميتة والدم والحرة فلائها ليست بمال ، والبيع والتملك مال بمال ، وأما الحمر والخنزير فكذلك لأنهما ليسا بمال في حقنا ، وكذلك أُمُّ الولد والمدبر لأنهما استحقا العتق بأمر كائن لا محالة فأشبهها الحر ، وأما الجمع بين حرٍّ وعبد وميتة وذكية فلائها الصفقة واحدة ، والحرة والميتة لا يدخلان تحت العقد لعدم المسالية ، ومتى بطل في البعض بطل في الكل ، لأن الصفقة غير متجزئة ، وكذا الجمع بين دينين أحدهما خلٍّ والآخر خمر ومتروك التسمية كالميتة ، وإذا لم يكن الحر والميتة ما لا لا يقابلهما شيء من الثمن ، فيبقى العبد والذكية مجهولة الثمن ، ولأن القبول في الحر والميتة شرط للبيع في العبد والذكية وأنه باطل . وقال أبو يوسف ومحمد : إن سمي لكل واحد منهما ثمنًا جاز في العبد والذكية كالجمع بين أخته وأجنبية في النكاح . قلنا : النكاح لا يبطل بالشروط المفسدة ولا كذلك البيع . قال (وبيع المكاتب باطل) لأنه استحق جهة حرية وهو ثبت يده على نفسه (إلا أن يحيزه فيجوز) لأنه إذا أجازاه فكأنه عجز نفسه فيعود قنا فيجوز بيعه . قال (وبيع السمك والطير قبل صيدهما ، والأبق والحمل والنتاج ، واللبن في الضرع ، والصوف على الظهر ، واللحم في الشاة ، وجذع في سقف ، وثوب من ثوبين فاسد) أما السمك والطير ، فلعدم الملك ، ولو كان السمك مجتمعًا في أجمة إن اجتمع بغير صنعه لا يجوز لعدم الملك ،

وَبَيْعُ الْمِزَابَةِ وَالْمُحَاقَلَةِ فَاسِدٌ ، وَلَوْ بَاعَ عَيْنًا عَلَى أَنْ يُسَلِّمَهَا إِلَى رَأْسِ الشَّهْرِ فَهُوَ فَاسِدٌ ، وَبَيْعُ جَارِيَةٍ إِلَّا حَمَلَهَا فَاسِدٌ وَلَوْ بَاعَهُ جَارِيَةً عَلَى أَنْ يَسْتَوْلِدَهَا الْمُشْتَرِي أَوْ يَعْتِقَهَا أَوْ يَسْتَخْدِمَهَا الْبَائِعُ أَوْ يَقْرِضَهُ الْمُشْتَرِي دَرَاهِمَ أَوْ ثَوْبًا عَلَى أَنْ يَخِيْطَهُ الْبَائِعُ فَهُوَ فَاسِدٌ ،

وإن اجتمع بصنعه إن قدر على أخذه من غير اصطيد جاز لأنه ملكه ويقدر على تسليمه ، وللمشتري خيار الرؤية ، وإن لم يقدر عليه إلا بالاصطياد لا يجوز وأما الآبق فلا أنه لا يقدر على تسليمه حتى لو عاد الآبق جاز البيع . وعن محمد أنه لا يجوز ، ولو باعه ممن زعم أنه عنده يجوز كبيع المغصوب من الغاصب وأما الحمل والتاج (١) فلهيه عليه الصلاة والسلام عنه ؛ وأما اللبن في الضرع فللجهالة واختلاط المبيع بغيره ؛ وأما الصوف على الظهر فلاختلاط المبيع بغيره ، ولوقوع التنازع في موضع القطع بخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن . وعن أبي يوسف أنه يجوز قياسا على شجر الخلاف . قلنا شجر الخلاف ينبت من أعلاه ، فتكون الزيادة في ملك المشتري ، والصوف ينبت من أسفله فيحدث على ملك البائع فيختلطان ؛ وأما اللحم في الشاة والجذع في السقف فلا يمكن تسليمه إلا بضرر لا يستحق عليه ، وكذلك ذراع من ثوب وحلية في سيف ، وإن قلعه وسلمه قبل نقض البيع جاز ، وليس للمشتري الامتناع ، وهذا بخلاف ما إذا باعه ذراعا من كرباس وعشرة دراهم من هذه النقرة حيث يجوز لأنه لا ضرر فيه ؛ وأما ثوب من ثوبين فلجهالة المبيع ، ولو قال على أن يأخذ أيهما شاء جاز لعدم المنازعة . قال (وبيع المزبنة والمحاقلة فاسد) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما . والمزبنة : بيع الثمر على النخل بتمر على الأرض مثله كيلا حزرا . والمحاقلة : بيع الحنطة في سنبلها بمثلها من الحنطة كيلا حزرا ، ولأنه بيع الكيلى بجنسه مجازفة فلا يجوز . قال (ولو باع عينا على أن يسلمها إلى رأس الشهر فهو فاسد) لأن تأجيل الأعيان باطل إذ لا فائدة فيه ، لأن التأجيل شرع في الأثمان ترفها عليه ليتمكن من تحصيله وأنه معلوم في الأعيان فكان شرطا فاسدا . قال (وبيع جارية إلا حملها فاسد) لأن الحمل بمنزلة طرف الحيوان لاتصاله به خلقة ، ألا ترى أنه يدخل في البيع من غير ذكر فلا يجوز استثنائه كسائر الأطراف (ولو باعه جارية على أن يستولدها المشتري أو يعتقها أو يستخدمها البائع أو يقرضه المشتري دراهم أو ثوبا على أن يخيطه البائع فهو فاسد) لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط .

(١) الحمل : ما كان في البطن . والتاج : ما يحمله هذا الحمل .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ النَّحْلِ إِلَّا مَعَ الْكُوَارَاتِ (م) ، وَلَا دُودِ الْقَرْزِ إِلَّا مَعَ الْقَرْزِ (م) ،

والجملة في ذلك أن البيع بالشرط ثلاثة أنواع : نوع البيع والشرط جائزان ، وهو كل شرط يقتضيه العقد ويلائمه كما إذا اشترى جارية على أن يستخدمها ، أو طعاما على أن يأكله أو دابة على أن يركبها ؛ ولو اشترى أمة على أن يطأها فهو فاسد لأن فيه نفعا للبائع لأنه يمتنع به الرد بالعيب ، وقالوا : لا يفسد لأنه شرط يقتضيه العقد وجوابه ما قلنا . ونوع كلاهما فاسدان ، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، وهو مأمور من الشروط في هذه المسائل ونحوها ، أو للمعقود عليه إذا كان من أهل الاستحقاق كعتق العبد ، فلو أعتقه انقلب جائزا ، فيجب الثمن عند أبي حنيفة لأنه ينتهي به ، والشئ يتأكد بانتهائه . وعندهما تجب القيمة ، وهو فاسد على حاله لأن به تقرر الشرط الفاسد . ونوع البيع جائز والشرط باطل ، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه مضرة لأحدهما ، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد ، أو فيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع كشرط أن لا يبيع المبيع ولا يهبه ، ولا يلبس الثوب ، ولا يركب الدابة ، ولا يأكل الطعام ، ولا يطأ الحارية ، أو على أن يقرض أجنيا دراهم ونحو ذلك ، فانه يجوز البيع ويبطل الشرط لأنه لا يستحقه أحد فيلغو بخلوه عن الفائدة ، ويبتنى على هذه الأصول مسائل كثيرة تعرف بالتأمل إن شاء الله تعالى . قال (ولا يجوز بيع النحل إلا مع الكوارات) (١) وقال محمد :

يجوز إذا كان مجموعا لأنه حيوان منتفع به مقدور التسليم فيجوز كغيره من الحيوانات ولهما أنه لا ينتفع بعينه ولا يجزء من أجزائه فلا يجوز كالزناير ، ولا اعتبار بما يتولد منه من العسل لأنه معدوم ؛ أما إذا باعها مع الكوارات وفيها عسل يجوز تبعا ، هكذا علله الكرخي في جامعته ، ثم أنكر ذلك وقال : إنما يدخل في البيع بطريق التبعية ما هو من حقوق المبيع وأتباعه ، والنحل ليس من حقوق العسل وأتباعه . وجوابه أن يقال : إن الكوارات لما لم يكن لها فائدة بدون النحل جعل النحل من جملة حقوقها تجوزا ألا ترى أنه لا يجوز بيع الشرب مقصودا ، ويجوز تبعا للأرض لما أنه لا انتفاع بالأرض بدون الشرب ، وأمثاله كثيرة . قال (ولا دود القَرْزِ إلا مع القَرْزِ) وقال محمد : يجوز ، والعلة فيه مأمور من الطرفين في النحل ، وقالوا : يجوز بيع بيضه والسلم فيه كيلا في حينه ، لأنه بزر يتولد منه ما ينتفع به وصار كبزر البطيخ . وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه لأنه لا ينتفع بعينه ، وكان محمد يضمن من قتل دود القَرْزِ بناء على جواز بيعه ، ولا يضمنه أبو حنيفة بناء على عدم

(١) قال في المغرب : الكوارة بالضم والتشديد : معسل النحل إذا سوى من الطين اه

وَالْبَيْعُ إِلَى النَّيْرُوزِ وَالْمَهْرَجَانِ وَصَوْمِ النَّصَارَى وَفَطْرِ الْيَهُودِ إِذَا جَهَلًا ذَلِكَ فَاسِدٌ ، وَالْبَيْعُ إِلَى الْحَصَادِ وَالْقِطَافِ وَالْدِّيَاسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ فَاسِدٌ ، وَإِنْ أَسْقَطَا الْأَجَلَ قَبْلَهُ جَازَ (ز) ، وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ عَبْدٍ وَمُدَبَّرٍ أَوْ عَبْدٍ الْغَيْرِ جَازَ فِي عَبْدِهِ بِحِصَّتِهِ . وَيُكْرَهُ الْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجُمُعَةِ ، وَكَذَا بَيْعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي ، وَكَذَا السُّومُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ ،

جوازه . قال (والبيع إلى النيروز والمهرجان (١) وصوم النصارى وفطر اليهود إذا جهلا ذلك فاسد) لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وإن علما ذاك جاز كالأهله ، ولو اشترى إلى فطر النصارى وقد دخلوا في الصوم جاز لأنه معلوم ، وقبل دخولهم لا يجوز لأنه مجهول . قال (والبيع إلى الحصاد والقطاف والدياس وقدم الحاج فاسد) للجهالة لأنها تتقدم وتتأخر (وإن أسقطا الأجل قبله جاز) البيع خلافا لزر ، وقد مر في خيار الشرط . وروى الكرخي عن أصحابنا أن سائر البياعات الفاسدة تنقلب جائزة بحذف المفسد . قال (ومن جمع بين عبد ومدبر أو عبد الغير جاز في عبده بحصته) والمكاتب وأمّ الولد كالمدبر لأنها أموال ، ألا ترى أن الغير لو أجاز البيع في عبده جاز ، وكذا لو قضى القاضي بجواز البيع في المدبر وأمّ الولد ، وكذا لو رضى المكاتب فصار كما إذا باع عبيدين فهلك أحدهما قبل القبض فانه يجوز في الباقي بحصته كذا هذا . قال (ويكره البيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى - وذروا البيع - (وكذا بيع الحاضر للبادي) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يبيع حاضر لباد » وهو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها بعد وقت بأعلى من السعر الموجود وقت الجلب ، وكرهته لما فيه من الضرر بأهل البلد حتى لو لم يضرّ لأبأس به لما فيه من نفع البادي من غير تضرر غيره (وكذا السوم على سوم أخيه) قال عليه الصلاة والسلام « لا يستام الرجل على سوم أخيه » وهو أن يرضى المتعاقدان بالبيع ويستقرّ الثمن بينهما ولم يبق إلا العقد فيزيد عليه ويبطل بيعه ؛ أما لو زاد عليه قبل التراضي يجوز وهو المعتاد بين الناس في جميع البلاد والأعصار ، وقد صحّ أن النبي صلى الله عليه وسلم باع حلسا (٢) في بيع

(١) النيروز : معرّب ، وأصله نوروز ، وهو يوم في طرف الربيع . وكذا المهرجان معرّب ، وأصله مهركان ، وهو يوم في طرف الخريف . قال فخر الإسلام البزدوى : هما عيدا المجوس اه .

(٢) المجلس بكسر الحاء وسكون اللام . قال في الجمهرة : هو كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار . وروى الترمذى من حديث أنس رضى الله عنه قال « أرى رجلا من الأنصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : =

وَكَذَا النَّجَشُ ، وَتَلَقَّى الْجَلْبَ مَكْرُوهٌ وَيَجُوزُ الْبَيْعُ ، وَمَنْ مَلَكَ صَغِيرَيْنِ
أَوْ صَغِيرًا وَكَبِيرًا أَحَدُهُمَا ذُو رَحِمٍ مُحَرَّمٍ مِنَ الْآخَرِ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَفْرَقَ
بَيْنَهُمَا ، وَلَا يُكْرَهُ فِي الْكَبِيرَيْنِ .

من يزيد (وكذا النجش وتلقى الجلب مكروه) والنجش : أن يزيد في السلعة ولا يريد
شراءها ليرغب غيره فيها ، وتلقى الجلب : أن يتلقاهم وهم غير عالمين بالسعر ، أو يلبس
عليهم السعر ليشتريه ويبيعه في المصر ، فإن لم يلبس عليهم أو كان ذلك لا يضر أهل المصر
لأبأس به ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن تلقى الجلب . وقال عليه الصلاة والسلام
« لاتناجشوا » (ويجوز البيع) في هذه المسائل كلها ، لأن النهي ليس في معنى العقد وشرائطه
بل لمعنى خارج فيجوز . قال (ومن ملك صغيرين أو صغيرا وكبيرا أحدهما ذو رحم محرم
من الآخر كره له أن يفرق بينهما) قال عليه الصلاة والسلام « من فرق بين والدته وولدها
فرق الله بينه وبين أحبته في الجنة » وقال عليه الصلاة والسلام « لاتجمعوا عليهم السبي
والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الحارية » ولأن الكبير يشفق على الصغير ويريه ،
والصغيران يتآلفان فيتضرران بالتفريق « ووهب عليه الصلاة والسلام لعل أخوين صغيرين
ثم سأله عنهما ، فقال : بعت أحدهما ، فقال عليه الصلاة والسلام : بهما أو ردهما »
وفي رواية « اذهب فاسترده » (ولا يكره في الكبيرين) لقوله عليه الصلاة والسلام
« حتى يبلغ الغلام أو تحيض الحارية » والنبي عليه الصلاة والسلام « فرق بين مارية
وسيرين وكانتا أختين كبيرتين ، فاستولد مارية ووهب سيرين » فإن لم يكن بينهما
محرمية يجوز كابن العم ، لأن النص ورد على خلاف القياس فيقتصر عليه وكذا إذا

أما في بيتك شيء ؟ قال : بلى جلس نلبس بعضه ونبسط بعضه ، وقعب نشرب فيه
لماء ، فقال ائتني بهما ، فأتاه بهما ، فأخذهما صلى الله عليه وسلم وقال : من يشتري هذين ؟
قال رجل : أنا أخذهما بدرهم ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من يزيد على درهم
قالا تين أو ثلاثا . قال رجل : أنا أخذهما بدرهمين فأعطاهما إياه ، وأخذ الدرهمين
فأعطاهما الرجل وقال : اشتر بأحدهما طعاما فانبذه إلى أهلك ، واشتر بالآخر قدوما فأتني
به ، فأتى به ، فشده فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال : اذهب فاحتطب
وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ، ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم ، فاشترى ببعضها
ثوبا وببعضها طعاما ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا خير لك من أن تجيء
المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ، إن المسألة لاتحل إلا لذي فقر مدقع ، أو ذي غرم
مفطع ، أو لذي دم موجه » اهـ ، تجريد الأصول للبارزي . وقوله قعب ، القعب : القصعة ،
كذا في الشلبي على الزيلعي اهـ مصححه .

باب التولية

التَّوْلِيَةُ بَيْعٌ بِالثَّمَنِ الْأَوَّلِ ، وَالْمُرَاجَعَةُ بِزِيَادَةٍ ، وَالْوَضِيعَةُ بِنَقِيصَةٍ ، وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ حَتَّى يَكُونَ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ مِثْلِيًّا أَوْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي .

كانت المحرمة لغير نسب كالمصاهرة والرضاع ، وكذا بين الزوجين لما ذكرنا ، فإن باع الصغير وفرق بينهما جاز خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد ولزفر في الإخوة ، وهو رواية عن أبي يوسف أيضاً . ووجه ما تقدم من حديث على أمره عليه الصلاة والسلام بالرد ، وهو دليل عدم الجواز . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام رأى في السبايا امرأة والهة (١) فسأل عنها ، فقيل : بيع ولدها ، فأمرهم بالرد » وذلك يدل على عدم الجواز ، وكذلك تعليقه الوعيد بالتفريق في الحديث الأول يدل على حرمة التفريق . ولنا أنه باع ملكه بيعاً جامعاً شرائط الصلحة فيجوز ، والنهي لمعنى خارج عن العقد ، وهو ما يلحق الصبي من الضرر فلا يفسده كالبيع عند النداء فأوجب الكراهة والإثم ، وله أن يدفعه في الدين والحناية ، ويردّه بالعيب بعد القبض ، لأن التفريق مكروه وإيفاء الحقوق واجب ، ولا يكره عتق أحدهما ولا كتابته ، لأن نفعه في ذلك أكثر من تضرره بالتفريق فكان أولى .

باب التولية

(التولية بيع بالثمن الأول ، والمرابحة بزيادة ، والوضيعة بنقيصة) لأن الاسم ينبي عن ذلك ومبناها على الأمانة ، لأن المشتري يأتمن البائع في خبره معتمداً على قوله ، فيجيب على البائع التنزه عن الحيانة والتجنب عن الكذب لئلا يقع المشتري في بخس وغرور ، فإذا ظهرت الحيانة يرد أو يختار على ما يأتيك إن شاء الله تعالى . وهي عقود مشروعة لوجود شرائطها ، وقد تعاملها الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا ، وقد صح « أنه عليه الصلاة والسلام لما أراد الهجرة قال لأبي بكر رضي الله عنه وقد اشترى بعيرين ولنى أحدهما » وللناس حاجة إلى ذلك لأن فيهم من لا يعرف قيمة الأشياء فيستعين بمن يعرفها ويطيب قلبه بما اشتراه وزيادة ، ولهذا كان مبناها على الأمانة ورأس المال في المواضعة حقه فله أن يحط منه . قال (ولا يصح ذلك حتى يكون الثمن الأول مثلياً أو في ملك المشتري) لأنه يجب عليه مثل الثمن الأول ، فإذا كان مثلياً يقدر عليه ، فكذلك إذا كان من ذوات القيم وهو في يده لقدرته على أدائه ، وإن لم يَكُنْ في يده فهو باطل ، لأنه يجب عليه مثل الأول ، وهذا من ذوات القيم ، والقيم مجهولة إنما تعم بالنظر والتخمين ، والثمن الأول هو ما عقد به لا ما نقد ، فإن اشترى بدراهم فأنفق بها ثوباً فالثمن

(١) قوله والهة ، الوله : ذهاب العقل والتحير من شدة الوجد

وَيَجُوزُ أَنْ يَضُمَّ إِلَى الثَّمَنِ الْأَوَّلِ أَجْرَةُ الصَّبْغِ وَالطَّرَازِ وَحَمْلُ الطَّعَامِ وَالسَّمْسَارِ
وَسَائِقِ الْغَنَمِ وَيَقُولُ : قَامَ عَلَى بَيْكَدَا ، وَلَا يَضُمُّ نَفَقَتَهُ وَأَجْرَةَ الرَّاعِي
وَالطَّبِيبِ وَالْمُعَلِّمِ وَالرَّايِضِ وَجَعَلَ الْآبِقِ وَكَرَاهُ ، فَإِنْ عَلِمَ بَخْيَانَةَ
فِي التَّوَلِيَةِ أَسْقَطَهَا (م) مِنَ الثَّمَنِ ؛ وَفِي الْمُرَاجَعَةِ إِنْ شَاءَ (س) أَخَذَهُ بِجَمِيعِ
الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ .

دراهم ، ولا بد أن يكون الريح أو الوضعية معلوما لثلا يؤدي إلى الجهالة والمنازعة ،
فلوباعه بربح « ده يارده » لا يجوز إلا أن يعلم بالثمن في المجلس لأنه مجهول قبله ، ولو كان
المبيع مثليا فله بيع نصفه مراححة بحصته ، ولو كان ثوبا أو نحوه لا يبيع جزءا منه لأنه لا يمكن
تسليمه إلا بضرر . قال (ويجوز أن يضم إلى الثمن الأول أجره الصبغ والطراز وحمل الطعام
والسمسار وسائق الغنم ويقول : قام على بكذا ، ولا يضم نفقته وأجرة الراعي والطبيب
والمعلم والرايض (١) وجعل الآبق وكراه) وأصله أن كل ما تعارف التجار إلحاقه برأس
المال يلحق به ، وما لا فلا ؛ وقد جرت العادة بالقسم الأول دون الثاني وما تزداد به
قيمة المبيع أو عينه يلحق به ، وأنه موجود في القسم الأول ؛ أما الصبغ والطراز فظاهر ؛
وأما الحمل والسوق فلأن القيمة تزداد باختلاف الأمكنة ، ولا كذلك القسم الثاني ؛ أما
الراعي فلأنه لم يقع فيه فعلا وإنما هو حافظ فصار كالبیت وجعل الآبق نادر ولم يزد فيه شيئا ؛
وكذلك الطبيب ومائت بالمعلم والرايض لمعنى فيه وهو ذكاؤه وفطنته ولو ضم إلى الثمن ما لا يجوز
ضمه فهو بخيانة وكذلك إن أمسك جزءا من المبيع أو بدله أو كتم وصف الثمن أو الأجل فيه ،
أو عيبا بفعله أو فعل غيره ، ولو عاب بآفة سماوية فليس بخيانة ، ولو كتم أجره المبيع أو
غلته فليس بخيانة ولو اشتراه ممن لا تقبل شهادته له لا يبيعه مراححة حتى يبين عند أبي حنيفة خلافا
لهما ولو اشتراه من عبده أو مكاتبه يبين بالإجماع ، ولو اشتراه ممن له عليه دين بدينه لم يبين
بالإجماع . لهما في الخلافية أنهما متباينان في الأملاك فصارا كالأجنبي ، وله أن المنافع بينهم
متحدة فكأنه اشتراه من نفسه ، ولأن العادة جارية بالتسامح والمحابة بين هؤلاء في المعاملات
فيجب البيان كما لو اشتراه من عبد . قال (فان علم بخيانة في التولية أسقطها من الثمن) وهو
القياس في الوضعية (وفي المراححة إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء رده) وهذا عند
أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يحطّ فيهما وحصّة الخيانة من الربح . وقال محمد : يخير
فيهما لأنه فاته وصف مرغوب في الثمن فيتخير كوصف السلامة . ولأبي يوسف أنه يبيع
تعلق بمثل الثمن الأول فانه ينعقد بقوله : وليتك بالثمن الأول ، وبعثك مراححة أو مواضعة
على الثمن الأول ، وقدر الخيانة لم يكن في الثمن الأول فيحط . ولأبي حنيفة أن إثبات
الزيادة في المراححة لا تبطل معناها ، إلا أنه فاته وصف مرغوب كما قال محمد فيتخير ،

(١) رضى المهر أروضه رياضا ورياضة : إذا علمته السير فهو مروض .

باب الربا

وَعَلَّتُهُ عِنْدَنَا الْكِيلُ أَوْ الْوَزْنُ (ف) مَعَ الْجِنْسِ .

والإثبات الزيادة يبطل معنى التولية ، فتلغو التسمية وتحط الزيادة تحقيقاً لمعنى التولية ، ومعنى قوله وهو القياس في الوضعية : أى إذا خان خيانة تنفى الوضعية ؛ أما إذا كانت خيانة توجد الوضعية معها فهو بالخيار ، وهذا على قياس قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف يحط فيهما ، ومحمد بخير فيهما .

باب الربا

وهو في اللغة : الزيادة ، ومنه الربوة للمكان الزائد على غيره في الارتفاع . وفي الشرع : الزيادة المشروطة في العقد ، وهذا إنما يكون عند المقابلة بالجنس . وقيل الربا في الشرع عبارة عن عقد فاسد بصفة سواء كان فيه زيادة أو لم يكن ، فان بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ربا ولا زيادة فيه . والأصل في تحريمه قوله تعالى - وأحلّ الله البيع وحرم الربا - وقوله - لاتأكلوا الربا - والحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والشعير بالشعير مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا » والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والملح بالملح مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا » وأجمعت الأمة على تعدى الحكم منها إلى غيرها إلا ما يروى عن عثمان البتي وداود الظاهري ولا اعتماد عليه . قال (وعلته عندنا الكيل أو الوزن مع الجنس) لقوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث « وكذلك كل مايكال ويوزن » رواها مالك بن أنس ومحمد بن إسحق الحنظلي بين أن العلة هي الكيل والوزن ، وقوله عليه الصلاة والسلام « لاتبيعوا الصاع بالصاعين ، ولا الصاعين بالثلاثة » وهذا عام في كل مكيل سواء كان مطعوماً أو لم يكن ، ولأن الحكم متعلق بالكيل والوزن ، إما إجماعاً ، أو لأن التساوى حقيقة لا يعرف إلا بهما ، وجعل العلة ما هو متعلق الحكم إجماعاً ، أو معرف للتساوى حقيقة أولى من المصير إلى ما اختلفوا فيه ، ولا يعرف التساوى حقيقة ، ولأن التساوى والمماثلة شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « مثلا بمثل » وفي بعض الروايات « سواء بسواء » أو صيانة لأموال الناس ، والمماثلة بالصورة والمعنى أتمّ وذلك فيما قلناه ، لأن الكيل والوزن يوجب المماثلة صورة ، والجنسية توجبها معنى فكان أولى . وهذا أصلي ينبى عليه عامة مسائل الربا ، فنذكر بعضها تنبيهاً على الباقي لمن يتأملها : منها لو باع حفنة طعام بحفتين ، أو تفاحة بتفاحتين يجوز لعدم

فَإِذَا وَجِدَا حَرَّمَ التَّفَاضُلُ وَالنِّسَاءُ ، وَإِذَا عُدِمَا حَلًّا ، وَإِذَا وَجِدَ أَحَدُهُمَا
خَاصَّةً حَلَّ التَّفَاضُلُ وَحَرَّمَ النَّسَاءُ (ف) ، وَجَيْدُ مَالِ الرَّبَا وَرَدِيَّتُهُ عِنْدَ
الْمُقَابِلَةِ بِجِنْسِهِ سَوَاءً ، وَمَا وَرَدَ النَّصُّ بِكَيْلِهِ فَهُوَ كَيْلِيٌّ أَبَدًا ، وَمَا وَرَدَ
بِوزْنِهِ فَوَزْنِيٌّ أَبَدًا ؛ وَعَقْدُ الصَّرْفِ يُعْتَبَرُ فِيهِ قَبْضُ عَوَضِيَّتِهِ فِي الْمَجْلِسِ ،
وَمَا سِوَاهُ مِنَ الرَّبَوِيَّاتِ يَكْفِي فِيهِ التَّعْيِينُ ، وَيَجُوزُ بَيْعُ فُلَسٍ بِفُلَسَيْنِ
بِأَعْيَانِهِمَا (م) ،

الكيل والوزن ، وإذا ثبت أن العلة ما ذكرنا (فإذا وجدا حرم التفاضل والنساء) عملا بالعلة
(وإذا عدما حلا) لعدم العلة المحرمة ، ولإطلاق قوله تعالى - وأحلّ الله البيع - (وإذا
وجد أحدهما خاصة حلّ التفاضل وحرم النساء) أما إذا وجد المعيار وعدم الجنس كالحنطة
بالشعير والذهب بالفضة ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف الجنسان » وروى
« النوعان » فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد . وأما إذا وجدت الجنسية وعدم
المعيار كالهروى بالهروى ، فإن المعجل خير من المؤجل وله فضل عليه ، فيكون الفضل
من حيث التعجيل ربا ، لأنه فضل يمكن الاحتراز عنه وهو مشروط في العقد فيحرم .
قال (وجيد مال الربا ورديته عند المقابلة بجنسه سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « جيدها
ورديتها سواء » ولأن في اعتباره سدّ باب البياعات فيلغو . قال (وما ورد النصّ بكيله
فهو كيليّ أبداً ، وما ورد بوزنه فوزنيّ أبداً) اتباعاً للنصّ . وعن أبي يوسف أنه يعتبر
فيه العرف أيضاً ، لأن النصّ ورد على عادتهم فتعتبر العادة ، وما لانصّ فيه يعتبر فيه
العرف لأنه من الدلائل الشرعية . قال (وعقد الصرف يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)
لقوله عليه الصلاة والسلام « الفضة بالفضة هاء وهاء ، والذهب بالذهب هاء وهاء » أي
يدا بيد (وما سواه من الربويات يكفي فيه التعيين) لأنه يتعين بالتعيين ويتمكن من
التصرف فيه ، فلا يشترط قبضه كالثياب بخلاف الصرف ، لأن القبض شرط فيه للتعيين ،
فانه لا يتعين بدون القبض على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام
« يدا بيد » أي عينا بعين ، وهو كذلك في رواية ابن الصامت . قال (ويجوز بيع فلس
بفلسين بأعيانهما) وقال محمد : لا يجوز لأنها أثمان فصارت كالدرهم والدنانير ، وكما
إذا كانا بغير أعيانهما . ولهما أن ثمنيتها بالاصطلاح فيبطل به أيضا ، وقد اصطلاحا على
إبطالها ، إذ لا ولاية عليهما في هذا الباب ، بخلاف الدرهم والدنانير لأنها خلقت ثمنا ،
وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما ، لأنه بيع الكالئ بالكالئ (١) ، وهو منهي عنه .

(١) قوله الكالئ ، قال في مختار الصحاح : الكالئ : النسيئة ، وفي الحديث « أنه عليه
الصلاة والسلام نهى عن الكالئ بالكالئ » ، وهو بيع النسيئة بالنسيئة « اه مصححه .

وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَنْظَلَةِ بِالْذَّقِيقِ وَلَا بِالسَّوِيقِ وَلَا بِالنَّخَالَةِ ، وَلَا الذَّقِيقِ
بِالسَّوِيقِ (سم) ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ وَبِالتَّمْرِ (سم) مُتَمَاثِلًا ،

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ولا بالنخالة ، ولا الدقيق بالسويق)
والأصل فيه أن شبهة الربا وشبهة الجنسية ملحقة بالحقيقة في باب الربا احتياطا للحرمة ،
وهذه الأشياء جنس واحد نظرا إلى الأصل ، والمخلص هو التساوى في الكيل ، وأنه متعذر
لانكباس الدقيق في المكيال أكثر من غيره ، وإذا عدم المخلص حرم البيع ؛ وكذا لا تجوز
المقابلة بغير المقابلة ولا بالسويق والدقيق ، ولا المطبوخة بغير المطبوخة لتعذر التساوى بينهما
بفعل العبد ، وفعله لا يؤثر في إسقاط ما شرط عليه ، ويجوز بيع المبلولة بمثلها وباليابسة ،
والرطبة بمثلها وباليابسة لأن التفاوت بينهما بصنع الله تعالى فيجوز ؛ وأما المبلولة فلائها
في الأصل خلقت ندية ، فالبل يعيدها إلى ما خلقت عليه كأنها لم تتغير فصارت كالسليمة
بالمسوسة والعلكة (١) بالرخوة . وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز بيع الدقيق بالسويق
لأنهما جنسان نظرا إلى اختلاف المقصود ، وجوابه ما بينا ، ولأن معظم المقصود التغذى
وهو يشملهما ، ويجوز بيع هذه الأشياء بعضها ببعض متماثلا للتساوى ؛ ويجوز بيع الخبز
بالدقيق والحنطة كيف كان لأنه عددي أو وزني بكيلي ، وكذلك إذا كان أحدهما نسيئة
والآخر نقدا ، وفي هذه المسائل اختلاف وتفصيل والفتوى على ما ذكرته . قال (ويجوز
بيع الرطب بالرطب وبالتمر متماثلا) وكذا التمر بالبسر والرطب بالبسر ، لأن الجنس واحد
باعتبار الأصل . قال عليه الصلاة والسلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » وصار كاختلاف أنواع
التمر . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز بيع الرطب بالتمر لما روى أنه صلى الله عليه وسلم
سئل عنه فقال « أو ينقص إذا جف ؟ قالوا نعم ، قال لا إذا » ولأن الرطب ينكبس أكثر
من التمر . ولأبي حنيفة ما روى أنه لما دخل العراق سئل عن ذلك ، فقال يجوز ، لأن الرطب
إن كان من جنس التمر جاز لقوله عليه الصلاة والسلام « التمر بالتمر مثلا بمثل » وإن لم يكن
تمرا جاز ، لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » ورد
ما روياه من الحديث وقال : مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف ، حتى قال عبد الله
ابن المبارك : كيف يقال إن أبا حنيفة لا يعرف الحديث وقد عرف مثل هذا الإسناد ؟
ولأنه باع التمر بالتمر لأن الرطب تمر ، قال عليه الصلاة والسلام لما أهدى له رطب من
خير « أكل » تمر خير هكذا ؟ وقوله : الرطب ينكبس أكثر من التمر ، قلنا هذا
التفاوت نشأ من الصفات الفطرية ، وأنه موضوع عنا فيما شرط علينا من رعاية المماثلة لأنه
جاء من قبل صاحب الحق ، وقد تعذر الاحتراز عنه ، بخلاف ما إذا جاء من جهة العبد

(١) قوله العلكة ، قال الكمال : العلكة : الجيدة السالمة من السوس ، ومن ذلك يعلم
أن الرخوة ضدّها ام مصححه .

وَيَجُوزُ بَيْعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ (م) ، وَيَجُوزُ بَيْعُ الْكَرْبَاسِ بِالْقُطْنِ ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الزَّيْتِ بِالزَّيْتُونِ ، وَلَا السَّمْسِمِ بِالشَّيْرِجِ إِلَّا بِطَرِيقِ الْإِعْتِبَارِ ، وَلَا رِبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْحَرَبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ (س) ، وَيُكْرَهُ السَّفَاتِيجُ .

باب السلم

على ما مرَّ آنفاً . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) وقال محمد : لا يجوز إذا باعه بجنسه إلا بطريق الاعتبار ، وهو أن يكون اللحم المفروز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون الفاضل بالسقط تحرّزا عن الربا ، وهو زيادة السقط وصار كالزيت بالزيتون . ولهما أنه باع موزونا بعددى ولا يعرف ما فيه من اللحم بالوزن ، لأن الحيوان يخفف نفسه في الميزان مرة ويثقلها أخرى بخلاف الزيت والزيتون ، لأن ذلك يعرف عند أهل الخبرة به فافترقا . قال (ويجوز بيع الكرباس (١) بالقطن) لاختلاف الجنس باعتبار المقصود والمعيّار ولا خلاف فيه ، والقطن بالغزل يجوز عند محمد لما ذكرنا ، خلافاً لأبي يوسف للمجانسة والفتوى على قول محمد . قال (ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ، ولا السمسّم بالشيرج إلا بطريق الاعتبار) تحرّزا عن الربا وشبهته ، وكذلك كل ما شابهه كالعنب بدبسه والجوز بدهنه وأمثاله ، واللحمان أجناس مختلفة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلاً حتى لا يكمل نصاب بعضها من الآخر ، إلا أن البقر والجواميس جنس ، والمغزء والضأن جنس ، والبخت والعراب جنس ، وكذلك الألبان والشحم والألية جنسان ، وشحم الجنب لحم ويعرف تمامه في الأيمان . قال (ولا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافاً لأبي يوسف ، وعلى هذا القمار لأن الربا والقمار حرام ، ولا يحل في دارهم كالمستأمن في دارنا . ولهما أن ما لهم مباح ، إلا أنه بالأمان حرم عليه التعرّض بغير رضاهم تحرّزا عن الغدر ونقض العهد ، فإذا رضوا به حلّ أخذه بأيّ طريق كان بخلاف المستأمن ، لأن ماله صار محظوراً بالأمان . قال (ويكره السفاتج) وهو قرض استفاد به المقرض أمن الطريق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « كل قرض جرّ منفعة فهو ربا » وصورته أن يقرضه دراهم على أن يعطيه عوضها في بلده ، أو على أن يحميه في الطريق .

باب السلم

وهو في اللغة : التقديم والتسليم وكذلك السلف . وهو في الشرع : اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً وفي المثلث آجلاً ، وسمى به لما فيه من وجوب تقديم الثمن ، وقال

(١) قوله الكرباس بكسر الكاف : ثوب من القطن الأبيض ، كذا في القاموس .

كُلُّ مَا أَمَكَّنَ ضَبْطُ صِفَتِهِ وَمَعْرِفَةُ مِقْدَارِهِ جازَ السَّلَمُ فِيهِ ، وَمَا لَا فَلَاحَ وَشَرَائِطُهُ : تَسْمِيَةُ الْجِنْسِ وَالنَّوْعِ وَالْوَصْفِ وَالْأَجَلِ وَالْقَدْرِ وَمَكَانِ الْإِيْفَاءِ (سَم) إِنْ كَانَ لَهُ حَمْلٌ وَمَثُونَةٌ ، وَقَدْرٌ (سَم) رَأْسِ الْمَالِ فِي الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ وَالْمَعْدُودِ ، وَقَبْضُ رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْمَفَارَقَةِ ،

القدورى : السلم فى لغة العرب : عقد يتضمن تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر ، وهو نوع من البيع ، لكن لما اختص بحكم وهو تعجيل الثمن اختص باسم كالصرف لما اختص بوجوب تعجيل البدلين اختص باسم ، وهو عقد شرع على خلاف القياس لكونه بيع المعدوم ، إلا أنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - قال ابن عباس : أشهد أن الله تعالى أجاز السلم وأنزل فيه أطول آية فى كتابه وتلا هذه الآية . وأما السنة قوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص فى السلم وعليه الإجماع ، ويسمى بيع المفاليس شرع لحاجتهم إلى رأس المال ، لأن أغلب من يعقده من لا يكون المسلم فيه فى ملكه ، لأنه لو كان فى ملكه يبيعه بأوفر الثمن فلا يحتاج إلى السلم ، وينعقد بلفظ السلم ، وهو أن يقول : أسلمت إليك عشرة دراهم فى كرت حنطة لأنه حقيقة فيه ، ولفظ السلف أيضا لأنه بمعناه ، ولفظ البيع فى رواية الحسن لأنه نوع بيع ، وفى رواية المجرد لا ، والأول أصح . قال (كل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لا يؤدى إلى المنازعة (وما لا فلا) لأنه يكون مجهولا فيؤدى إلى المنازعة ، وهذه قاعدة يبنى عليها أكثر مسائل السلم ، ولا بد من ذكر بعضها ليعرف باقيا بالتأمل فيها فنقول : يجوز فى المكيلات والموزونات والمزروعات والمعدودات المتقاربة كالجوز والبيض ، لأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره ، ولا يجوز فى العدديات المتفاوتة كالبطيخ والزمان وأشباههما ، ولا فى الجوهر والحرز لأنه لا يمكن فيه ذلك ، ويجوز فى الطست والقمقم والخفين ونحوها لما ذكرنا ، ولا يجوز فى الخبز لتفاوته تفاوتاً فاحشاً بالشخانة والرقعة والنضج ، ويجوز عندهما وهو المختار لحاجة الناس ، ولا يجوز استقراضه عند أبى حنيفة لتفاوته عدداً من حيث الحفة والثقل ، ووزناً من حيث الصنعة . وعند أبى يوسف يجوز وزناً لاعدداً ، لأن الوزن أعدل . وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم إليه . قال (وشرائطه تسمية الجنس والنوع والوصف والأجل والقدر ومكان الإيفاء إن كان له حمل ومثونة وقدر رأس المال فى المكيل والموزون والمعدود وقبض ، رأس المال قبل المفارقة) لأن بذكر هذه الأشياء تنفى الجهالة وتقطع المنازعة ، وعند عدمها

يكون المسلم فيه مجهولا فتفضى إلى المنازعة ، فالجنس كالحنطة والتمر والنوع كالبرنى ، والمكتوم فى التمر وفى الحنطة كسهلية وجبلية ، والوصف كالجيد والردىء ، والأجل كقوله إلى شهر ونحوه وهو شرط ، قال عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » ولما بينا أنه شرع دفعا لحاجة المفاليس ، فلا بد من التأجيل ليقدر على التحصيل وتقديره إلى المتعاقدين ، ذكره الكرخى . وعن الطحاوى أقله ثلاثة أيام ، رواه عن أصحابنا اعتبارا بمدّة الخيار . وروى عنهم لو شرط نصف يوم جاز لأن أدنى مدّة الخيار لا تتقدر فكذلك أجل السلم . وعن محمد شهر وهو الأصح ، لأنه أدنى الآجل وأقصى العاجل . وأما القدر فقوله كذا قفيزا وكذا رطلا ، وهو شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم » وأما مكان الإيفاء فقولنا فى مكان كذا ، وإنما يشترط إذا كان له حمل ومثونة ، وقالوا : لا يشترط ويوفيه فى مكان العقد ، لأن مكان العقد متعين لعدم المزاحمة كما فى البيع وكما فيما لا حمل له . وله أن التسليم غير واجب فى الحال ، وإنما يجب إذا حلّ الآجل ولا يدرى أين يكون عند حلوله فيحتاج إلى بيان موضع الإيفاء قطعاً للمنازعة ، ولأن القيمة تختلف باختلاف الأماكن ، بخلاف البيع لأنه يوجب التسليم فى الحال ، ولا منازعة فيما لا حمل له ، وعلى هذا الخلاف الأجرة والثلث إذا كان له حمل ، والقسمة وهو أن يزيد على أحد النصيبين شيئا له حمل ومثونة ، وإذا شرط مكانا يتعين عملا بالشرط ، وأما ما ليس له حمل ومثونة كالمسك والكافور ونحوهما لا يشترط ذلك بالإجماع ، وهل يتعين مكان العقد ؟ عنه روايتان ، الأصح أنه يتعين ، ولو شرط له مكانا قيل لا يتعين لعدم الفائدة ، وقيل يتعين للفائدة ، لأن قيمة العنبر فى المصر أكثر منها فى السواد ، ولأن فيه أمن خطر الطريق . وأما بيان قدر رأس المال فذهب أبى حنيفة ، وقالوا : يكتفى بالإشارة لأنه يصير معلوما بها وصار كالثوب إذا كان رأس المال . وله أنه يفضى إلى المنازعة لأنه ربما يجد بعضها زيوفا وقد أنفق البعض فيردّه ولا يستبدل فى المجلس ، وفى المثليات ينقسم المسلم فيه على قدر رأس المال فينتقض السلم بقدر مارد ، ولا يدرى قدر الباقي فيفضى إلى المنازعة ، والموهوم فى هذا العقد كالمحقق لشرعيته على خلاف القياس ، بخلاف الثوب لأن العقد لا يتعلق على مقداره ، وعلى هذا إذا أسلم فى جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما ، أو أسلم الدراهم والدنانير ولم يبين مقدار أحدهما . وصورة المسئلة أن يقول : أسلمت إليك هذه الدراهم فى كرت حنطة ونحوه ، أو أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة وهذه الدنانير فى كذا ، أو يقول : أسلمت إليك عشرة دراهم فى كرت حنطة وكرت شعير ، أو فى ثوبين مختلفين ولم يبين حصة كل واحد منهما ، ولو كان رأس المال غير مثلى كالثوب والحيوان يجوز وإن لم يعلم قيمته وذرعه ، لأن المسلم فيه لا ينقسم على عدد الذرعان لتفاوتها فى الجودة ،

ولا على القيمة لأنها غير داخلة في العقد فلا يفيد معرفتها فلا يعتبر . وأما قبض رأس المال قبل المفارقة فلأن السلم أخذ عاجل بآجل على مامر ، فيجب قبض أحد البدلين ليتحقق معنى الاسم ، ولا يجب قبض المسلم فيه في الحال فيجب قبض رأس المال ، ثم إن كان رأس المال ديناً يصير كالثا بكالي وإنه منهي عنه . وإن كان عينا فالقياس أن القبض ليس بشرط لأنه يتعين فقد افترقا عن دين بعين ، والاستحسان أنه شرط عملاً بالخبر ومقتضى لفظ السلم ، ولهذا لا يجوز فيه خيار الشرط لأنه يمنع صحة التسليم فيخل به ، ولا يجوز أخذ عوض رأس المال من جنس آخر لأنه يفوت قبض رأس المال المشروط ، وكذا لا يجوز الإبراء منه لما بينا ، فإن قبل الإبراء سقط القبض وبطل العقد ، وإن رده لم يبطل لأنه صح بتراضيهما فلا يبطل إلا بتراضيهما ، فإن أعطاه من جنسه أرداً منه ورضى المسلم إليه به جاز لأنه ليس بعوض وإن خالف في الصفة ، وكذلك إن أعطى أجود منه ، ويجبر على الأخذ خلافاً لزفر . له أنه تبرع عليه بالجوذة فله أن لا يقبل . ولنا أن الجوذة لا تخرجه عن الجنس وهي غير منفردة عن العين فلا يعتبر فيه الرضى إذا تبرع بها كالرجحان في الوزن . وأما المسلم فيه فالإبراء عنه صحيح لأنه دين لا يجب قبضه في المجلس فيصح الإبراء عنه كسائر الديون ، ولا يجوز أن يأخذ عوضه من خلاف جنسه . قال عليه الصلاة والسلام « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » وعن الصحابة موقوفاً ومرفوعاً « ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك » فإن أعطاه من الجنس أجود أو أرداً جاز على ما تقدم . وشرط آخر وهو أن لا يجتمع في البدلين أحد وصفي علة الربا حتى لا يجوز إسلام الهروي في الهروي ، ولا إسلام الكيلي في الكيلي كالحنطة في الشعير ولا الوزني في الوزني كالحديد في الصفر أو في الزعفران ونحو ذلك لقوله « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد ، ولا خير في نسيئة » وهذا مطرد إلا في الأثمان فإنه يجوز إسلامها في الوزنيات ضرورة حاجة الناس ، ولأن الأثمان تخالف غيرها من الوزنيات في صفة الوزن ، لأنها توزن بصنجات الدراهم والدنانير ، وغيرها يوزن بالأرطال والأمنان ، والأثمان لا تتعين بالتعيين وغيرها يتعين فلم يجمعهما أحد وصفي العلة من كل وجه ، فجاز إسلام أحدهما في الآخر ، ولو أسلم مكيلاً في مكيل وموزون ولم يبين حصة كل واحد منهما كما إذا أسلم كراً حنطة في كراً شعير وعشرة أرطال زيت فإنه يبطل في الكل ، وقالوا : يجوز في حصة الموزون بناء على أن الصفة متى فسدت في البعض فسدت في الكل عنده ، وعندهما يفسد بقدر المفسد لأنه وجد في البعض فيقتصر عليه ، كما إذا باع عبيدين أحدهما مدبر ، وله أنه فساد قوي تمكن في صلب العقد فيشيع في الكل كما إذا ظهر أحد العبدین حرّاً أو أحد الدين خمرًا ، بخلاف المدبر فإن حرمة بيعه ليس مجمعا عليه ، ولا يجوز السلم في ما لا يتعين بالتعيين كالدرهم والدنانير ، لأن البيع بها يجوز نسيئة فلا حاجة إلى السلم فيهما ، وهل يجوز في التبر ؟ فيه روايتان ، ويجوز

وَلَا يَصِحُّ فِي الْمُنْقَطِعِ وَلَا فِي الْجَوَاهِرِ ، وَلَا فِي الْحَيَوَانَ وَلَحْمِهِ (سم) وَأَطْرَافِهِ
وَجُلُودِهِ ، وَيَصِحُّ فِي السَّمَكِ الْمَالِحِ وَزَنَّا ، وَلَا يَصِحُّ بِمَكْيَالٍ بِعَيْنِهِ
لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ ، وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا ،

فِي الْحَلِيِّ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ ، وَفِي الْفُلُوسِ عِنْدَهُمَا خِلَافًا لِمُحَمَّدٍ وَقَدْ مَرَّ . قَالَ (وَلَا يَصِحُّ فِي الْمُنْقَطِعِ)
بِمَعْنَى أَنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ وَجُودِهِ مِنْ وَقْتِ الْعَقْدِ إِلَى وَقْتِ الْحَلِّ لِأَنَّ الْقُدْرَةَ عَلَى التَّسْلِيمِ إِنَّمَا تَكُونُ
بِالْقُدْرَةِ عَلَى الْاِكْتِسَابِ فِي الْمُدَّةِ ، وَفِي مُدَّةِ انْقِطَاعِهِ لَا يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ ، وَرَبَّمَا أَفْضَى إِلَى
الْعَجْزِ عَنِ التَّسْلِيمِ وَقْتِ الْحَلِّ ، وَإِلَيْهِ الْإِشَارَةُ بِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا تَسْلِفُوا
فِي الثَّمَارِ حَتَّى يَبْدُو صَلَاحُهَا » وَالْانْقِطَاعُ أَنْ لَا يَوْجَدَ فِي سُوقِهِ الَّذِي يَبَاعُ فِيهِ وَإِنْ كَانَ يَوْجَدُ
فِي الْبُيُوتِ ، وَلَا يَجُوزُ فِيمَا لَا يَوْجَدُ فِي ذَلِكَ الْإِقْلِيمِ كَالرُّطْبِ فِي خِرَاسَانَ وَإِنْ كَانَ يَوْجَدُ
فِي غَيْرِهِ مِنَ الْأَقَالِيمِ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْمُنْقَطِعِ ، وَلَوْ حُلَّ السَّلْمُ فَلَمْ يَقْبُضْهُ حَتَّى انْقَطَعَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ
رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَبْطُلُ السَّلْمُ ، وَقِيلَ إِنْ شَاءَ انْتَظِرْ وَجُودَهُ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ رَأْسَ مَالِهِ ، كَابَاقِ
الْعَبْدِ الْمَبِيعِ وَتَخْمُرُ الْعَصِيرُ قَبْلَ الْقَبْضِ . قَالَ (وَلَا فِي الْجَوَاهِرِ) لِتَفَاوُتِ أَحَادِهَا تَفَاوُتًا فَاحِشًا
حَتَّى لَوْ لَمْ تَتَفَاوَتْ كَصَغَارِ اللُّوْلُؤِ الَّذِي يَبَاعُ وَزَنَّا ، قَالُوا يَجُوزُ لِأَنَّهُ وَزَنِي . قَالَ (وَلَا
فِي الْحَيَوَانَ وَلَحْمِهِ وَأَطْرَافِهِ وَجُلُودِهِ) لِأَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى عَنِ السَّلْمِ فِي الْحَيَوَانَ
لِأَنَّهُ مِمَّا يَتَفَاوَتْ أَحَادُهُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا بِاعْتِبَارِ مَعَانِيهِ الْبَاطِنَةِ ، وَذَلِكَ يَوْجِبُ التَّفَاوُتَ فِي الْمَالِيَةِ
فَيُؤَدِّي إِلَى النِّزَاعِ . وَأَمَّا اللَّحْمُ فَذَهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ، وَقَالَا : إِذَا سُمِّيَ مِنَ اللَّحْمِ
مَوْضِعًا مَعْلُومًا بِصِفَةِ مَعْلُومَةٍ جَازَ لِأَنَّهُ وَزَنِي مَعْلُومِ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ فَيَجُوزُ . وَلَهُ أَنَّهُ يَتَفَاوَتْ
تَفَاوُتًا فَاحِشًا بِكِبَرِ الْعَظْمِ وَصِغَرِهِ ، فَعَلَى هَذَا يَجُوزُ فِي مَنْزُوعِ الْعَظْمِ ، وَهِيَ رَوَايَةُ الْحَسَنِ ،
وَيَتَفَاوَتْ بِالسَّمَنِ وَالْهَزَالِ أَيْضًا ، فَعَلَى هَذَا لَا يَجُوزُ أَصْلًا وَهُوَ رَوَايَةُ ابْنِ شَجَاعٍ ، وَلَوْ
اسْتَهْلَكَ لَحْمًا ضَمِنَهُ بِالْقِيَمَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ ذَكَرَهُ فِي الْمُنْتَقَى . وَقَالَ فِي الْجَامِعِ بِالْمَثَلِ
وَيَجُوزُ اسْتِقْرَاضُهُ فِي الْأَصْحِ ، وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَرْضَ وَالضَّمَانَ يَجْبَانُ حَالًا فَتَكُونُ
صِفَتُهُ مَعْلُومَةً وَلَا كَذَلِكَ السَّلْمُ . وَأَمَّا أَطْرَافُهُ وَجُلُودُهُ فَلِأَنَّهَا عَدَدِي مُتَفَاوِتٌ تَفَاوُتًا يُوْدِي إِلَى
الْمُنَازَعَةِ ، وَالْمُرَادُ بِالْأَطْرَافِ الرُّعُوسُ وَالْأُكَارِعُ . أَمَّا الشُّحُومُ وَالْأَلْيَةُ يَجُوزُ السَّلْمُ فِيهَا لِأَنَّهَا
وَزَنِي مَعْلُومِ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ . قَالَ (وَيَصِحُّ فِي السَّمَكِ الْمَالِحِ وَزَنَّا) لِأَنَّهُ لَا يَنْقَطِعُ ، وَكَذَلِكَ
الطَّرِيُّ الصَّغَارُ فِي حِينِهِ . وَفِي الْكِبَارِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَوَايَتَانِ ، الْمُخْتَارُ الْجَوَازُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا لِأَنَّ
السَّمْنَ وَالْهَزَالَ غَيْرَ مَعْتَبَرٍ فِيهِ عَادَةً . وَقِيلَ الْخِلَافُ فِي لَحْمِ الْكِبَارِ مِنْهُ . قَالَ (وَلَا يَصِحُّ
بِمَكْيَالٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ) لِأَنَّهُ رُبَّمَا هَلَكَ الْمَكْيَالُ قَبْلَ حُلُولِ الْأَجْلِ فَيَعْجُزُ عَنِ التَّسْلِيمِ .
وَكَذَا ذِرَاعٌ بِعَيْنِهِ ، أَوْ وَزَنٌ حَجَرٌ بِعَيْنِهِ ، وَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَكْيَالُ مِمَّا لَا يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ
كَالْحَشَبِ وَالْحَدِيدِ لِيَكُونَ مَعْلُومًا فَلَا يُوْدِي إِلَى النِّزَاعِ . أَمَّا مَا يَنْقَبِضُ وَيَنْبَسِطُ كَالْخِرَابِ
وَالزَّنْبِيلِ يَزْدَادُ وَيَنْتَقِصُ فَيُوْدِي إِلَى النِّزَاعِ . قَالَ (وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ بِعَيْنِهَا) لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَسْلَمُ

وَيَجُوزُ فِي الثِّيَابِ إِذَا سَمِيَ طُولًا وَعَرْضًا وَرُقْعَةً ، وَفِي اللَّبَنِ إِذَا عَيْنَ الْمِلْبَنِ ، وَلَا يَجُوزُ التَّصَرُّفُ فِي الْمُسْلَمِ فِيهِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَلَا فِي رَأْسِ الْمَالِ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَإِذَا اسْتَصْنَعَ شَيْئًا جازَ اسْتِحْسَانًا (ز) ، وَلِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرَّؤْيَةِ ، وَلِلصَّانِعِ بَيْعُهُ قَبْلَ الرَّؤْيَةِ ،

طعامها إما بآفة أو لاتنبت شيئا ، وكذا ثمرة نخلة بعينها . قال عليه الصلاة والسلام « أرأيت لو أذهب الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه ؟ » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام أسلم إلى زيد بن سعة في تمر فقال : أسلم إلى في تمر نخلة بعينها فقال عليه الصلاة والسلام : أما في تمر نخلة بعينها فلا » . قال (ويجوز في الثياب إذا سمي طولًا وعرضًا ورُقعة) لأنه إذا ذكر مع الجنس والنوع والصفة فالتفاوت بعده يسير غير معتبر ، وهذا استحسان لحاجة الناس إليه ، وهل يشترط الوزن في الحرير ؟ الأصح اشتراطه ، لأن التفاوت فيه من حيث الوزن معتبر ؛ وقيل إن كان إذا ذكر الطول والعرض والرُقعة لا يتفاوت وزنه لاحتاجة إلى ذكر الوزن لعدم التفاوت ، وإن كان يختلف وزنه فلا بد من ذكر الوزن ، واختاره القدوري ، وإذا أطلق الذراع فله الوسط إلا أن يكون معتادا فله المعتاد . قال (وفي اللبن إذا عين الملبن) (١) لأنه عددي متقارب إذا بين الملبن وكذلك الآجر . وعن أبي حنيفة : لو باع مائة آجرة من أتون (٢) لا يجوز للتفاوت في النضج . قال (ولا يجوز التصرف في المسلم فيه قبل القبض) لأنه مبيع ، وقد بينا أن التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ، وكذلك الشركة والتولية لأنهما تصرف (ولا في رأس المال قبل القبض) لأنه يجب قبضه للحال لما بينا ، فإذا تصرف فيه فات القبض فلا يجوز .

فصل

(وإذا استصنع شيئا جاز استحسانا) اعلم أن القياس يأبى الجواز وهو قول زفر ، لأنه بيع المعدوم لكن استحسانا جوازه للتعامل بين الناس من غير تكبر فكان إجماعا ، وبمثاله يترك القياس والنظر ويخص الكتاب والخبر ، ثم قيل هي مواعدة حتى يكون لكل واحد منهما الخيار ، والأصح أنها معاقدة لأن فيه قياسا واستحسانا ، وفرق بين ما جرت به العادة وما لا ، وذلك من خصائص العقود ، وينعقد على العين دون العمل حتى لو جاء بعين من غير عمله جاز (وللمشتري خيار الرؤية) لأنه اشترى ما لم يره (وللصانع بيعه قبل الرؤية) لأنه ملكه والعقد لم يقع على هذا بعينه ، فإذا رآه المستصنع ورضى به لم يكن للصانع بيعه

(١) قوله الملبن ، ضبطه في مختار الصحاح بكسر الميم وفتح الباء وهو قالب اللبن : أي الطوب الأخر . (٢) الأتون بالتشديد : الموقد ، والعامّة تخففه .

وَأِنْ ضَرَبَ لَهُ أَجَلًا صَارَ سَلَمًا (سم) .

باب الصرف

وَهُوَ بَيْعُ جَنْسِ الْأَثْمَانِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ مَضْرُوبُهُمَا وَمَبْصُوغُهُمَا وَتَبْرُهُمَا ، فَإِنْ بَاعَ فِضَّةً بِفِضَّةٍ أَوْ ذَهَبًا بِذَهَبٍ لَمْ يَجْزُ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلِ يَدًا بِيَدٍ ،

لأنه تعين ، ثم إنما يجوز فيما جرت به العادة من أواني الصفر والنحاس والزجاج والعيوان والحفاف والقلائس والأوعية من الأدم والمناطق وجميع الأسلحة ، ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالحجاب ونسج الثياب ، لأن المجوز له هو التعامل على ما مر فيقتصر عليه . قال (وإن ضرب له أجلا صار سلما) فيشترط له شرائط السلم ، وقالوا : لا يصير سلما لأنه استصناع حقيقة ، فبضرب الأجل لا يصير سلما ، كما لا يصير السلم استصناعا بحذف الأجل . ولأبي حنيفة أنه أتى بمعنى السلم فيكون سلما ، لأن العبرة للمعاني لا للصور ، ولأنه أمكن جعله سلما فيجعل لورود النص بجواز السلم دون الاستصناع . وجوابهما أن حذف الأجل ليس من خواص الاستصناع ، أما الأجل من خواص السلم ويكتفى في الاستصناع بصفة معروفة تحتل الإدراك ، ولا بد في السلم من استقصاء الصفة على وجه يتيقن بالإدراك فافترقا .

باب الصرف

وهو في اللغة الدفع والرد ، ومنه الدعاء : اصرف عنا كيد الكائدين ، وصرف الله عنك سوء . وفي الشريعة : بيع الأثمان بعضها ببعض ، سمي به لوجوب دفع ما في يد كل واحد من المتعاقدين إلى صاحبه في المجلس . قال (وهو بيع جنس الأثمان ببعضه ببعض ، ويستوى في ذلك مضروبهما ومصوغهما وتبرهما ، فإن باع فضة بفضة أو ذهب بذهب لم يجز إلا مثلا بمثل يدا بيد) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا » ولقول عمر رضي الله عنه : وإن استنظرك إلى وراء السارية فلا تنظره . ولأنه لا بد من قبض أحد العوضين ليخرج من بيع الكالي بالكالي وليس أحدهما أولى من الآخر فيقبضان ، ولأنه إذا قبض أحدهما يجب قبض الآخر تحقيقا للمساواة ، والمعتبر في ذلك المفارقة بالأبدان حتى لو تصارفا وسارا عن مجلسهما كثيرا ثم تقابضا جاز ما لم يفترقا ، وكذلك مجلس عقد السلم ، ولو تصارفا ووكل بالقبض فالمعتبر تفرق العاقدین لا تفرق الوكيلين ، ولوناما جالسین لم يكن

ولا اعتبار بالصياغة والجودة ، فان باعها مجازفة ثم عرف التساوى في المجلس جاز وإلا فلا ، ويجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ومجازفة مقابضة ، ويجوز بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم وبيع أحد عشر درهما بعشرة ودينار (ز) ، ومن باع سيفاً محلى بثمان أكثر من قدر الحلية جاز ولا بد من قبض قدر الحلية قبل الافتراق .

فرقة ، ولو ناما مضطجعين كان فرقة ، ولا يجوز خيار الشرط لأنه ينفي استحقاق القبض ولا الأجل لأنه يفوت القبض الذي هو شرط الصحة ، فان أسقطهما قبل التفرق جاز خلافاً لزفر وقد مر ، ولو اشترى بثمان الصرف عرضاً قبل قبضه فهو فاسد ، لأنه يفوت القبض المستحق بالعقد ، وكذا كل تصرف في بدل الصرف قبل قبضه لما بينا ، قال (ولا اعتبار بالصياغة والجودة) لقوله عليه الصلاة والسلام في آخر الحديث « جيدها ورديتها فيه سواء » (فان باعها مجازفة ثم عرف التساوى في المجلس جاز وإلا فلا) لما عرف أن ساعات المجلس كساعة واحدة فصار كالعلم في ابتدائه ؛ وإن لم يعلم لا يجوز لاحتمال الربا ، لأن الشرط وهو المساواة يجب علينا تحصيله ، أما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح أن يكون شرطاً ، لأن الأحكام تنبنى على أفعال العباد تحقيقاً لمعنى الابتلاء ، وتعتبر في دارهم والدنانير الغلبة كما تقدم في الزكاة ، فان تساوى فهي كالجناد في الصرف احتياطاً للحرمة . قال (ويجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ومجازفة مقابضة) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » . وقال عليه الصلاة والسلام « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » ولو افترقا قبل القبض بطل العقد لفوات الشرط . قال (ويجوز بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم ، وبيع أحد عشر درهما بعشرة ودينار) وكذا درهمين ودينارين بدينار ودرهم ، وكذا كرى حنطة وكرى شعير بكر حنطة وكرى شعير . والأصل في ذلك أن عندنا يصرف كل واحد من الجنسين إلى خلافه حملاً لتصرفهما على الصحة ، وفيه خلاف زفر ، فانه يصرف الجنس إلى جنسه لأنه أسهل عند المقابلة . ولنا أنهما قصدا الصلة ظاهراً فيحمل عليه تحقيقاً لقصدهما ودفعاً لحاجتهما ؛ ولو باع الجنس بمثله وأحدهما أقل ومعه عرض إن بلغت قيمة العرض قدر النقصان جاز ولا كراهة فيه ، وإن لم تبلغ جاز مع الكراهة ، وإن كان مما لا قيمة له لا يجوز لأنه ربا . قال (ومن باع سيفاً محلى بثمان أكثر من قدر الحلية جاز) ومراده إذا كان الثمن من جنس الحلية جاز لتكون الحلية بمثلها والزيادة بالنصل والحمائل والحفن ، وإن كان مثلاً أو أقل لا يجوز لأنه ربا ، وإن كان بخلاف جنسها بنار كيف كان بلحواز التفاضل على ما بينا (ولا بد من قبض قدر الحلية قبل الافتراق) لأنه صرف ،

وإن باع إناء فضة ، أو قطعة نقرة ، فقبض بعض الثمن ثم افترقا صار
شركة بينهما ، فإن استحق بعض الإناء ، فإن شاء المشتري أخذ الباقي
بخصته ، وإن شاء رده ، ولو استحق بعض القطعة أخذ الباقي بخصته
ولا خيار له ؛ ويجوز البيع بالفلوس ، فإن كانت كاسدة عينها ، وإن كانت
نافقة لم يعينها ، فإن باع بها ثم كسدت بطل البيع (سم) ؛ ومن أعطى
صيرفيا درهما وقال : أعطني به فلوسا ونصفا إلا حبة جاز .

ولو اشتراه بعشرين درهما والحلية عشرة دراهم فقبض منها عشرة فهي حصة الحلية
وإن لم يعينها حملا لتصرفه على الصحة ، وكذا إذا قال خذها من ثمنها لأن قصده الصحة ،
وقد يراد بالاثني أحدهما كقوله تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - وكذا إن اشتراه
بعشرين عشرة نقدا وعشرة نسيئة ، فالنقد حصة الحلية لما تقدم ؛ فإن افترقا لا عن قبض
بطل البيع فيهما إن كانت الحلية لا تتخلص إلا بضرر كجذع في سقف ، وإن كانت
تتخلص جاز في السيف وبطل في الحلية كالطوق في علق الحاربية ، وقس على هذا جميع
أمثالها . قال (وإن باع إناء فضة أو قطعة نقرة فقبض بعض الثمن ثم افترقا صار شركة
بينهما) فيكون للمشتري فيه بقدر ما نقد من الثمن ، ولا خيار له ، لأن العيب جاء من قبله
حيث لم ينقد جميع الثمن (فإن استحق بعض الإناء ، فإن شاء المشتري أخذ الباقي بخصته ،
وإن شاء رده) لأن الشركة عيب في الإناء (ولو استحق بعض القطعة أخذ الباقي بخصته
ولا خيار له) لأن التشقيص لا يضر القطعة فلم تكن الشركة فيه عيبا . قال (ويجوز البيع
بالفلوس) لأنها معلومة (فإن كانت كاسدة عينها) لأنها عروض (وإن كانت نافقة
لم يعينها) لأنها من الأثمان كالذهب والفضة (فإن باع بها ثم كسدت بطل البيع) خلافا
لها لأن البيع صح فلا يفسد لتعذر التسليم بالكساد ، كما إذا اشترى بشيء من الفواكه
وانقطع فتجب قيمتها ، غير أن أبا يوسف يوجبها يوم البيع لأن الثمن مضمون به ، ومحمدا
يوم الكساد لأن عنده تنتقل إلى القيمة . ولأبي حنيفة أن ثمنية الفلوس بالاصطلاح فيهلك
بالكساد فيبقى المبيع بلا ثمن فيبطل ، فيرد المبيع أو قيمته إن كان هالكا . قال (ومن
أعطى صيرفيا درهما وقال أعطني به فلوسا ونصفا إلا حبة جاز) ويصرف النصف إلا حبة
إلى مثله من الدرهم والباقي إلى الفلوس تصحيحا لتصرفهما ، وقد تقدم جنسه ، والله أعلم .

كتاب الشفعة

وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي الْعَقَارِ ، وَتَجِبُ فِي الْعَقَارِ سَوَاءٌ كَانَ مِمَّا يُقْسَمُ أَوْ مِمَّا لَا يُقْسَمُ ، وَتَجِبُ إِذَا مَلَكَ الْعَقَارَ بِعَوَضٍ هُوَ مَالٌ ،

كتاب الشفعة

وهي الضم ، ومنه الشفع في الصلاة ، وهو ضم ركعة إلى أخرى ، والشفع : الزوج الذي هو ضد الفرد ، والشفيع لانضمام رأيه إلى رأى المشفوع له في طلب النجاح ، وشفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين لأنها تضمهم إلى الصالحين ، والشفعة في العقار لأنها ضم ملك البائع إلى ملك الشفيع ، وهي تثبت للشفيع بالثمن الذي بيع به رضى المتبايعان أو سخطا ، ولهذا المعنى كانت على خلاف القياس ، إلا أنا استحسنا ثبوتها بالنص ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بشفعته » رواه جابر ، وقال عليه الصلاة والسلام « جار الدار أحق بشفعة الدار » وكان أبو بكر الرازي ينكر هذا القول ويقول : وجوب الشفعة مجمع عليه أصل من الأصول المقطوع بها لا يقال إنه استحسان . قال (ولا شفعة إلا في العقار) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شفعة إلا في ربع أو حائط » ولأن الشفعة وجبت في العقار لدفع ضرر الدخيل فيما هو متصل على الدوام على ما نبينه إن شاء الله تعالى والمنقول ليس كذلك ، لأنه لا يدوم دوام العقار فلا يلحق به (وتجب في العقار سواء كان مما يقسم) كاللور والحوانيت والقرى (أو مما لا يقسم) كالبر والرحى والطريق ، لأن النصوص الموجبة للشفعة لا تفصل وسببها الملك المتصل ، والمعنى الذي وجبت له دفع ضرر الدخيل ، وذلك لا يختلف في النوعين . وقال عليه الصلاة والسلام « الشفعة في كل شرك ربع أو حائط » (وتجب إذا ملك العقار بعوض هو مال) حتى لو ملكه بعوض ليس بمال كالنكاح والخلع والإجارة والصلح عن دم العمد لا تجب الشفعة ، وكذا لو ملكه لا بعوض كالهبة والوصية والصدقة والإرث ، لأن الشفيع إنما يأخذها بمثل ما أخذها به الدخيل أو بقيمته ، وهذه الأشياء لا مثل لها ولا قيمة ، أما الحالية عن الأعواض فظاهر . وأما المقابلة بالأعواض المذكورة ، أما عدم المثلة فظاهر ، وأما القيمة فلأن قيمتها غير معلومة حقيقة ، لأن القيمة ما تقوم مقام المقوم في المعنى ، وأنه لا يتحقق في هذه الأشياء ، وإنما تقوم في النكاح والإجارة بمهر المثل وأجرة المثل ضرورة صحة العقد فلا يتعداهما ، وتجب في الموهوب بشرط العوض ابتداء لأنه بيع انتهاء على ما يأتيك في الهبة ، وكذا تجب

وَتَجِبُ بَعْدَ الْبَيْعِ ، وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ ، وَتَمْلِكُ بِالْأَخْذِ ، وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِي
وَالْمَأْذُونُ وَالْمُكَاتَبُ وَمُعْتَقُ الْبَعْضِ سَوَاءٌ ، وَتَجِبُ لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ
ثُمَّ فِي حَقِّ الْمَبِيعِ ، ثُمَّ لِلْجَارِ ،

فِي الصَّلَحِ عَنْ إِقْرَارٍ أَوْ سَكُوتٍ (١) ، لَأَنَّهُ مُقَابِلَةُ الْمَالِ بِالْمَالِ عَلَى مَا يَأْتِي فِي الصَّلَحِ إِنْ
شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَتَجِبُ بَعْدَ الْبَيْعِ) لِأَنَّ بِالرَّغْبَةِ عَنِ الْمَلِكِ تَجِبُ الشَّفْعَةُ ، وَبِالْبَيْعِ يَعْرِفُ
ذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَوْ أَقْرَأَ الْمَالِكُ بِالْبَيْعِ أَخْذَهَا الشَّفِيعَ وَإِنْ كَذَبَهُ الْمُشْتَرَى ، وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ
الشَّفْعَةَ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مَلِكِهِ ، وَخِيَارُ الْمُشْتَرَى لَا يَمْنَعُهُ لخروجها عن ملك البائع ، وَخِيَارُ
الرَّوِيَّةِ وَالْعَيْبِ لَا يَمْنَعُ . قَالَ (وَتَسْتَقِرُّ بِالْإِشْهَادِ) لِأَنَّ بِالْإِشْهَادِ يَعْلَمُ طَلَبُهُ إِذَا لَابَدَتْ مِنْ طَلَبِ
الْمَوَاتِبَةِ عَلَى مَا يَأْتِي ، فَيَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْقَاضِي وَذَلِكَ بِالْإِشْهَادِ ، فَإِذَا شَهِدَ بِهِ الشُّهُودُ
اسْتَقَرَّتْ . قَالَ (وَتَمْلِكُ بِالْأَخْذِ) إِذَا أَخْذَهَا مِنَ الْمُشْتَرَى أَوْ حَكَمَ لَهَا بِهَا حَاكِمٌ ، لِأَنَّ بِالْعَقْدِ
ثُمَّ الْمَلِكُ لِلْمُشْتَرَى فَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ إِلَّا بِرِضَاهِ أَوْ بِقَضَاءِ كَالرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ، حَتَّى لَوْ بَاعَ
الشَّفِيعُ مَا يَشْفَعُ بِهِ قَبْلَ ذَلِكَ الطَّلَبِ بَعْدَ الطَّلَبِ بَطَلَتْ شَفْعَتُهُ ، وَكَذَا لَوَمَاتٌ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بَطَلَتْ
وَلَا تَوْرَثُ . قَالَ (وَالْمُسْلِمُ وَالذَّمِي وَالْمَأْذُونُ وَالْمُكَاتَبُ وَمُعْتَقُ الْبَعْضِ سَوَاءٌ) لِعُمُومِ النُّصُوصِ ،
وَلِأَنَّ السَّبَبَ مَوْجُودٌ وَهُوَ الْإِتِّصَالُ ، وَالْمَعْنَى يَشْمَلُهُمْ وَهُوَ دَفْعُ الضَّرَرِ . قَالَ (وَتَجِبُ
لِلْخَلِيطِ فِي نَفْسِ الْمَبِيعِ ، ثُمَّ فِي حَقِّ الْمَبِيعِ ، ثُمَّ لِلْجَارِ) أَمَّا الْخَلِيطُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
« الشَّفْعَةُ لِشَرِيكَ لَمْ يَقَاسَم » وَأَمَّا فِي حَقِّ الْمَبِيعِ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ (٢) « جَارُ الدَّارِ
أَحَقُّ بِشَفْعَةِ الدَّارِ وَالْأَرْضِ ، وَيَنْتَظَرُ إِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا » وَأَمَّا الْجَارُ
فَلَمَّا تَقَدَّمَ ، وَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْجَارُ أَحَقُّ بِسَقْبِهِ » أَيْ بِسَبَبِ قُرْبِهِ . وَرَوَى
أَنَّهُ قِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا سَقْبُهُ ؟ قَالَ : « شَفْعَتُهُ » وَلِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجَارِ مِنْ حَيْثُ
إِقْطَاعُ النَّارِ ، وَإِثَارَةُ الْغُبَارِ ، وَإِعْلَاءُ الْجُدَارِ ، وَتَجِبُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّرْتِيبِ لَقَوْلُهُ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الشَّرِيكَ أَحَقُّ مِنَ الْخَلِيطِ ، وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ » وَفِي رَوَايَةٍ
« وَالْخَلِيطُ أَحَقُّ مِنَ الْجَارِ » فَالشَّرِيكَ فِي الرَّقَبَةِ ، وَالْخَلِيطُ فِي الْحَقُوقِ ، وَلِأَنَّ الشَّرِيكَ
أَخْصَّ بِالضَّرَرِ ، ثُمَّ الْخَلِيطُ ، ثُمَّ الْجَارُ ، لِأَنَّ الشَّرِيكَ شَارِكُهُمَا فِي الْمَعْنَى وَزَادَ ، وَكَذَلِكَ
الْخَلِيطُ شَارِكُ الْجَارِ وَزَادَ عَلَيْهِ فَيَتَرَجَّحُ لِقُوَّةِ السَّبَبِ ، فَإِنْ سَلِمَ الشَّرِيكَ فِي الرَّقَبَةِ يَصِيرُ كَأَنَّ

(١) أَمَّا فِي الْإِقْرَارِ فَظَاهِرٌ سَوَاءٌ وَقَعَ الصَّلَحُ عَنْهَا أَوْ عَلَيْهَا . وَأَمَّا فِي السَّكُوتِ فَيَحْمَلُ عَلَى
مَا إِذَا وَقَعَ الصَّلَحُ عَلَيْهَا ، أَمَّا لَوْ وَقَعَ عَنْهَا لَا تَجِبُ الشَّفْعَةُ فِيهَا كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْجَمْعِ وَغَيْرِهِ .
(٢) قَوْلُهُ : فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، ذَكَرَ الْإِمَامُ الزَّيْلَعِيُّ فِي شَرْحِهِ عَلَى الْكَنَزِ
هَذَا الْحَدِيثَ بِلَفْظٍ آخَرَ هَذَا نَصُّهُ « الْجَارُ أَحَقُّ بِشَفْعَةِ جَارِهِ يَنْتَظَرُ بِهَا وَإِنْ كَانَ غَائِبًا إِذَا
كَانَ طَرِيقَهُمَا وَاحِدًا » .

وَتُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ ، وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ يَتَّبَعِي أَنْ يُشْهَدَ
فِي مَجْلَسٍ عَلَيْهِ عَلَى الطَّلَبِ ، فَإِنْ لَمْ يُشْهَدَ بَعْدَ التَّمَكُّنِ مِنْهُ بَطَلَتْ ، ثُمَّ
يُشْهَدُ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ ،

لَمْ يَكُنْ فَيَأْخُذُهَا الشَّرِيكَ فِي الْحَقُوقِ ، فَإِنْ سَلِمَ أَخْذُهَا الْجَارُ ، وَالْمُرَادُ الْجَارُ الْمَلِصَقُ وَإِنْ
كَانَ بَابُهُ إِلَى سَكَّةٍ أُخْرَى ، لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَسْتَضَرُّ بِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْمَعَانِي . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ
لَا حَقَّ لَهَا مَعَ الشَّرِيكَ فِي الرَّقَبَةِ وَإِنْ سَلِمَ ، لِأَنَّهُ حُجِبَ فَلَاحِقٌ لَهَا مَعَهُ كَالْحُجْبِ
فِي الْمِيرَاثِ ، وَوَجْهُ الظَّاهِرِ مَا ذَكَرْنَا ، وَلِأَنَّهُمْ اسْتَوَوْا فِي السَّبَبِ لَكِنَّا تَقَدَّمَ لَهَا ذَكَرْنَا ،
فَإِذَا سَلِمَ عَمَلُ السَّبَبِ فِي حَقِّهِمَا لَزُوالِ الْمَنَاعِ كَالدِّينِ بِالرَّهْنِ وَبِغَيْرِ رَهْنٍ إِذَا أُسْقِطَ الْمَرْتَنُ
حَقُّهُ وَحَقُّ الْمَبِيعِ الطَّرِيقَ الْخَاصَّ وَهُوَ مَا لَا يَكُونُ نَافِذًا ، وَالنَّهْرُ الْخَاصُّ وَهُوَ مَا لَا تَجْرِي
فِيهِ السَّفَنُ . قَالَ (وَتُقَسَّمُ عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ) وَصُورَتُهُ دَارِ بَيْنَ ثَلَاثَةٍ لِأَحَدِهِمُ النِّصْفُ
وَلِلْآخَرِ الثُّلُثُ وَلِلْآخَرِ السُّدُسُ ، بَاعَ أَحَدُهُمْ نَصِييَهُ فَالْشَّفَعَةُ لِلْبَاقِيْنَ عَلَى السَّوَاءِ لِاسْتَوَائِهِمَا
فِي السَّبَبِ وَهُوَ الْإِتِّصَالُ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ انْفَرَدَ أَحَدُهُمْ أَخَذَ الْجَمِيعَ ، فَدَلَّ عَلَى اسْتَوَائِهِمْ
فِي السَّبَبِ ، وَكَذَا الْمَعْنَى يَشْمَلُهُمْ وَهُوَ لِحُوقِ الْأَذَى فَيَسْتَوُونَ فِي الْإِسْتِحْقَاقِ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ
لَهُمَا جَارَانِ أَحَدُهُمَا مَلِصَقٌ مِنْ ثَلَاثِ جَوَانِبِ وَالْآخَرُ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ
لِاسْتَوَائِهِمَا فِي لِحُوقِ الضَّرَرِ وَالسَّبَبِ . قَالَ (وَإِذَا عَلِمَ الشَّفِيعُ بِالْبَيْعِ يَتَّبَعِي أَنْ يُشْهَدَ فِي مَجْلَسٍ
عَلَيْهِ عَلَى الطَّلَبِ) وَهَذَا طَلَبُ الْمَوَاطِنَةِ وَهُوَ عَلَى الْفَوْرِ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الشَّفَعَةُ
لِمَنْ وَاثَبَهَا » وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنَّمَا الشَّفَعَةُ كَنَشْطَةِ عَقَالٍ ، إِنْ قِيدَتْهَا ثَبَتَتْ وَإِلَّا
ذَهَبَتْ » وَرَوَى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ عَلَى الْمَجْلَسِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكَ فَيَحْتَاجُ إِلَى التَّرْوِي وَالنَّظَرِ فَلَا يَبْطُلُ
خِيَارُهُ مَا لَمْ يَوْجَدْ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ كَخِيَارِ الْقَبُولِ وَالْخِيَارَةِ (فَإِنْ لَمْ يُشْهَدَ بَعْدَ
التَّمَكُّنِ مِنْهُ بَطَلَتْ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ ، وَلَا تَبْطُلُ إِذَا حَمَدَ اللَّهَ أَوْ سَبَّحَهُ أَوْ سَلَّمَ أَوْ شَمَّتْ
لِأَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْإِعْرَاضِ ؛ وَكَذَا إِذَا سَأَلَ عَنِ الْمُشْتَرِي وَكَيْفِيَّةِ الثَّمَنِ وَمَاهِيَّتِهِ لِأَنَّهُ دَلِيلُ
الطَّلَبِ ، وَلَوْ كَانَ فِي الْأَرْبَعَةِ بَعْدَ الْجُمُعَةِ أَوْ قَبْلَ الظُّهْرِ فَأَتَمَّهَا لَمْ تَبْطُلْ ، وَلَوْ زَادَ عَلَى رَكْعَتَيْنِ
فِي غَيْرِهَا مِنْ السَّنَنِ بَطَلَتْ ، ثُمَّ هَذَا الطَّلَبُ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَيْهِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهِ رَجُلٌ عَدْلٌ ،
أَوْ رَجُلَانِ مُسْتَوْرَانِ ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ . وَعِنْدَهُمَا يَكْفِي خَبَرَ الْوَاحِدِ رَجُلًا كَانَ أَوْ امْرَأَةً
أَوْ صَبِيًّا ، حَرًّا أَوْ عَبْدًا إِذَا كَانَ الْخَبَرُ حَقًّا ، وَتَمَامُهُ يَأْتِيكَ فِي الْوَكَاةِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ،
وَالْمُعْتَبَرُ الطَّلَبُ دُونَ الْإِشْهَادِ ، وَإِنَّمَا الْإِشْهَادُ لِلْإِثْبَاتِ حَتَّى لَوْ صَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي عَلَى الطَّلَبِ
لَا يَحْتَاجُ إِلَى الشُّهُودِ . قَالَ (ثُمَّ يُشْهَدُ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي
أَوْ عِنْدَ الْعَقَارِ) وَهَذَا طَلَبُ التَّقْرِيرِ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يُمْكِنُ الْإِشْهَادُ عَلَى طَلَبِ الْمَوَاطِنَةِ لِأَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ
فَيَحْتَاجُ إِلَى هَذَا الطَّلَبِ الثَّانِي لِلْإِثْبَاتِ عِنْدَ الْقَاضِي ، فَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْبَائِعِ لَمْ يَسْلَمْهُ ،
فَإِنْ شَاءَ أَشْهَدُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ شَاءَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خَصَمُ الْبَائِعِ بِالْيَدِ

ولا تسقط بالتأخير ، وإذا طلب الشفيع الشفعة عند الحاكم سأل الحاكم المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به ، أو قامت عليه بيئته ، أو نكل عن اليمين أنه ما يعلم به ثبت ملكه ،

والمشترى بالملك ، وإن شاء عند المبيع لتعلق الحق به وهو أن يقول : إن فلانا باع هذه الدار ويدكر حدودها الأربعة وأنا شفيعها طلبت شفعتها وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك ، وإن كان البائع قد سلمها لا يجوز الإشهاد عليه لأنه لم يبق خصما ، فإذا فعل ذلك لا يثبت (ولا تسقط بالتأخير) وعن أبي يوسف إن تركه مجلسا أو مجلسين من مجالس الحكم بطل . وعنه ثلاثة أيام لأنه دليل الإعراض . وقدره محمد بشهر لأن المشتري يتضرر بالتأخير لنقص تصرفاته ، فقدره بالشهر لأنه أقل الآجل وأكثر العاجل ، ومرادهما إذا ترك لغير عذر . ولأبي حنيفة أنه حق ثبت فلا يسقط بالتأخير كسائر الحقوق ، وضرر المشتري يمكن دفعه بالمرافعة إلى القاضي حتى يوقت له وقتا يوفيه فيه الثمن وإلا يبطل حقه . قال في الهداية والفتوى على قول أبي حنيفة . وقال في المحيط : والفتوى على قولهما دفعا للضرر عن المشتري لأنه قد يختفى الشفيع فلا يقدر على إحضاره إلى القاضي فيدفع الضرر بقولهما . قال (وإذا طلب الشفيع الشفعة عند الحاكم سأل الحاكم المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به ، أو قامت عليه بيئته ، أو نكل عن اليمين أنه ما يعلم به ثبت ملكه) وينبغي أن يسأل المدعى أولا عن موضع الدار وحدودها نفيا للاشتباه ، ثم يسأله عن سبب الاستحقاق لاختلاف الأسباب ، فإذا بين ذلك وقال أنا شفيعها بدار لي تلاصقها صحت دعواه ، وشرط بعضهم تحديد داره أيضا ، ثم بعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه ، فإن اعترف بملكه الذي يشفع به فلا حاجة إلى البيئته ، وإن لم يعترف طلب من المدعى البيئته ، لأن اليد لا تكفي للاستحقاق ، فإن أقامها يثبت وإلا استحلف المدعى عليه بالله لا يعلم أنه مالك للدار التي ذكرها يشفع بها ، لأنه لو أقر بذلك لزمه ، فإذا أنكر عليه يحلف ويحلف على العلم لأنه فعل الغير ، فإذا نكل ثبت الملك ، ثم يسأله القاضي عن الشراء ، فإن اعترف به أو قامت البيئته عليه ثبت وإلا استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو ما يستحق عليه شفعة من الوجه الذي ذكر ، ويستحلف على البتات لأنه فعله ، فإذا نكل قضى له بالشفعة ، وإن لم يحضر الثمن ذكره في الأصل ، لأن الثمن إنما يجب بانتقال الملك إليه ، ولا ينتقل إلا بالقضاء فلا يجب عليه الإحضار قبله كما لا يجب على المشتري قبل البيع . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يقضى ما لم يحضر الثمن ، لأنه قد يكون مفلسا فيتضرر المشتري ، وهو مروي عن محمد ، وإذا قضى له وأخذها من المشتري يثبت له فيها أحكام البيع من خيار روية وعيب وغيرها لأنه بمنزلة الشراء لأنه مقابلة مال بمال ، ولا يثبت له خيار الشرط ولا الآجل

وَالشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ الْبَائِعَ إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الْبَيِّنَةَ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْمُشْتَرَى ، ثُمَّ يَفْسَخُ الْبَيْعَ وَيَجْعَلُ الْعَهْدَةَ عَلَى الْبَائِعِ ، وَالشَّفِيعِ أَنْ يُخَاصِمَ وَإِنْ لَمْ يُحْضِرِ الثَّمَنَ ، فَذَا قُضِيَ لَهُ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ ، وَالْوَكِيلُ بِالشَّرَاءِ خَصَمٌ فِي الشَّفِيعَةِ حَتَّى يُسَلَّمَ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، وَعَلَى الشَّفِيعِ مِثْلُ الثَّمَنِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا وَإِلَّا قِيمَتُهُ ، وَإِنْ حَطَّ الْبَائِعُ عَنِ الْمُشْتَرَى بَعْضَ الثَّمَنِ سَقَطَ عَنِ الشَّفِيعِ ، فَإِنْ حَطَّ النِّصْفَ ثُمَّ النِّصْفَ أَخَذَهَا بِالنِّصْفِ الْآخِرِ ، وَإِنْ زَادَ الْمُشْتَرَى فِي الثَّمَنِ لَا يَلْزَمُ الشَّفِيعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرَى ، وَالْبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ الشَّفِيعِ .

لعدم الشرط . قال (وللشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع في يده) لأنه خصم على ما بينا (ولا يسمع القاضي البينة إلا بحضرة المشتري ، ثم يفسخ البيع ويجعل العهدة على البائع) لأن اليد للبائع والملك للمشتري والقاضي يقضي بها للشفيع فيشترط حضورهما ، بخلاف ما بعد القبض لأن البائع كالأجنبي ، فاذا أخذها من البائع تتحول الصفقة ويصير كأن الشفيع اشتراها من البائع ، فلهذا تكون العهدة عليه ، ولو أخذها من المشتري بعد القبض فالعهدة عليه لأنه تم ملكه بالقبض . قال (وللشفيع أن يخاصم وإن لم يحضر الثمن ، فاذا قضى له لزمه إحضاره) وقد تقدم الكلام فيه . قال (والوكيل بالشراء خصم في الشفعة حتى يسلم إلى الموكل) لأن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل على ما يأتي بيانه في الوكالة إن شاء الله تعالى ، والشفعة من حقوق العقد ، فاذا أسلمها إلى الموكل لم يبق له يد ولا ملك فيصير الموكل خصما . قال (وعلى الشفيع مثل الثمن إن كان مثليا وإلا قيمته) لأن القاضي حكم له بالملك بالعقد الأول ، فيجب عليه ما وجب بالعقد الأول ؛ وإن اشترى الذي دارا بخمر أو خنزير والشفيع ذمى أخذها بمثل الخمر لأنه مثلي ، وقيمة الخنزير لأنه ليس بمثلي ، وإن كان مسلما أخذها بقيمة كل واحد منهما ، أما الخنزير فلما مر ، وأما الخمر فلأنه ممنوع من تملكها وتملكها فاستحال المثل في حقه فيصار إلى القيمة . قال (وإن حطَّ البائع عن المشتري بعض الثمن سقط عن الشفيع) لما تقدم أن الحطَّ يلحق بأصل العقد (فان حطَّ النصف ثم النصف أخذها بالنصف الأخير) لأنه لما حطَّ النصف الأول التحق بأصل العقد فوجب عليه نصف الثمن ، فلما حطَّ النصف الآخر كان حطا للجميع فلا يسقط ، ألا ترى أنه لو حطَّ الجميع ابتداء لا يسقط عن الشفيع ، لأنه لا يلحق بأصل العقد بل يكون هبة فلا يسقط عن الشفيع (وإن زاد المشتري في الثمن لا يلزم الشفيع) لاحتمال أنهما تواضعا على ذلك إضرارا بالشفيع ، بخلاف الحطَّ لأنه نفع له . قال (وإن اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري ، والبينة بينة الشفيع) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عند أداء

فصل

وَتَبْطُلُ الشُّفْعَةُ بِمَوْتِ الشَّفِيعِ وَتَسْلِيْمِهِ الْكُلَّ أَوْ الْبَعْضَ ، وَبِصُلْحِهِ عَنْ الشُّفْعَةِ بِعَوَضٍ ، وَبِبَيْعِ الْمَشْفُوعِ بِهِ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِالشُّفْعَةِ ، وَبِضْمَانِ الدَّرَكِ عَنْ الْبَائِعِ ، وَبِمُسَاوَمَتِهِ الْمُشْتَرِيَ بَيْعًا وَإِجَارَةً ، وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِ الْمُشْتَرِيَ ، وَلَا شُّفْعَةَ لَوْكِيْلِ الْبَائِعِ ، وَلَوْكِيْلِ الْمُشْتَرِيَ الشُّفْعَةُ ،

الأقل ، والبينة بينة المدعى ، والمشتري ينكر ذلك ، والقول قوله مع يمينه .

فصل

(وتبطل الشفعة بموت الشفيع وتسليمه الكل أو البعض ، وبصلحه عن الشفعة بعوض . وبيع المشفوع به قبل القضاء بالشفعة ، وبضمان الدرك عن البائع ، وبمساومته المشتري ببيعاً وإجارة) أما بطلانها بالموت فلأن ملكه زال بالموت وانتقل إلى الوارث ، وبعد ثبوته للوارث لم يوجد البيع فلا يثبت له حق الشفعة ، والمراد إذا مات بعد البيع قبل القضاء بالشفعة ، أما إذا مات بعد القضاء لزم وانتقلت إلى ورثته ولزمهم الثمن ، وأما تسليمه الكل فلأنه صريح في الإسقاط ، وأما البعض فلأن حق الشفعة لا يتجزى ثبوتاً لأنه يملكه كما ملكه المشتري ، والمشتري لا يملك البعض لأنه تفريق الصفقة فلا يتجزى إسقاطاً فيكون ذكر بعضه كذكر كله ، وأما الصلح عنها لأن الشفعة حق التملك وليس حقاً متقدراً ، فلا يصح الاعتياض عنه كالعينين إذا قال لامرأته : اختارى ترك الفسخ بألف ، أو قال للمخيرة : اختاريني بألف فاختارت سقط الفسخ ولا شيء لهما ، ويجب عليه ردّ العوض لأنه لم يقابله حق متقرر فلا يكون تجارة عن تراض فلا يحل ، وأما بيع المشفوع به قبل القضاء بالشفعة لزوال سبب الاستحقاق قبل القضاء وهو نظير الموت ، وأما ضمان الدرك عن البائع فلأنه قد ضمن للمشتري بقاءها على ملكه وسلامتها له ، وذلك يتضمن تسليم الشفعة ، وأما مساومة المشتري ببيعاً وإجارة فلأنه دليل الرضا بثبوت الملك للمشتري وتصرفه فيه ببيعاً وإجارة ، وذلك لا يكون إلا بعد إسقاط الشفعة ، وكذلك إذا طلبها منه تولية أو أخذها مزارعة أو معاملة ، وكل ذلك إذا كان بعد العلم بالشراء . قال (ولا تبطل بموت المشتري) لأن المستحق وهو الشفيع قائم ، وحقه مقدّم على حق المشتري حتى لاتنفذ وصيته فيه ، ولا يباع في دينه فيكون مقدّماً على حق الوارث . قال (ولا شفعة لوكيل البائع) لأنه سعى في نقض فعله وهو كالبيع ، وكذا إذا كان له الخيار فأمضاه (ولوكيل المشتري الشفعة) لأنه لا ينقض فعله لأنه مثل الشراء ، لأنه سعى في زوال ملك

وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم ثم تبين أنه غيره فله الشفعة ، وإذا قيل له إنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بأقل أو بمكيل أو موزون فهو على شفيعته ، ولا تكره (م) الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها ، ومن باع سهما ثم باع الباقي فالشفعة في السهم الأول لا غير ، وإن اشتراها بثمن مؤجل فالشفيع إن شاء أداه حالا ، وإن شاء بعد الأجل ثم يأخذ الدار ،

البائع . قال (وإذا قيل للشفيع إن المشتري فلان فسلم ثم تبين أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس في الحوار . فقد يرضى بفلان لغيره ولم يرض بغيره فلم يوجد التسليم في حقه ؛ وكذا لو ظهر أن المشتري اشتراها لغيره ؛ ولو قيل إن المشتري زيد فسلم فاذا هو زيد وعمرو فله أخذ نصيب عمرو (وإذا قيل له إنها بيعت بألف فسلم ثم تبين أنها بيعت بأقل أو بمكيل أو موزون فهو على شفيعته) أما الأول فلأن الرضا بالأكثر لا يكون رضى بالأقل ؛ وأما الثاني فلاحتمال تعذر الدراهم عليه وتيسر ما يبيع به من المكيل والموزون ؛ وكذلك العددي المتقارب ، وسواء كانت قيمته ألفا أو أقل أو أكثر ، لأن الواجب المثل ، بخلاف ما إذا بيع بعيد أو أمة قيمتها ألف أو أكثر ، لأن الواجب ألف حتى لو كانت قيمته أقل من ألف لم تبطل شفيعته لأن الواجد القيمة ، ولو قيل إنها بيعت تجارية فظهر أنها بيعت بعد أو عرض آخر ، ننظر إن كانت قيمة العبد أو العرض مثل قيمة التجارية أو أكثر بطلت ، وإن كانت أقل لم تبطل لأن الواجب القيمة ؛ ولو قيل بيعت بألف درهم فظهر أنها بيعت بمائة دينار ، قال الكرخي : إن كانت قيمتها ألفا أو أكثر بطلت ؛ وإن كانت أقل لم تبطل ، وهو قول أبي يوسف لأنها جعلتا كجنس واحد في الثنية . وأشار محمد في الأصل إلى بقاء الشفعة ، وهو قول أبي حنيفة وزفر لأنهما جنسان مختلفان حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا ، ولأنه ربما يسهل عليه أحدهما دون الآخر ؛ ولو قيل بيعت بألف ثم حط البائع عن المشتري فله الشفعة ، لأن الحط يلتحق بأصل العقد فصار كأنه باعها بأقل . قال (ولا تكره الحيلة في إسقاط الشفعة قبل وجوبها) عند أبي يوسف لأنه منع من وجوب الحق ، ويكره عند محمد لأنها شرعت لدفع الضرر والحيلة تنافيه . والحيلة في إسقاط الزكاة على هذا . قال (ومن باع سهما ثم باع الباقي فالشفعة في السهم الأول لا غير) لأن الشفيع جار والمشتري شريك في المبيع ثانيا ، فيقدم عليه وهذه حيلة ، وهو أن يبيع الأول بثمن كثير والباقي بثمن قليل ؛ وإن اشتراها بثمن ودفع عنه ثوبا أخذها بالثمن الأول لأنه يستحق المبيع بما وقع العقد عليه لما مر ، وهذه أيضا حيلة ، وهو أن يعقد العقد بألف مثلا فيدفع عنها ثوبا يساوي مائة . قال (وإن اشتراها بثمن مؤجل فالشفيع إن شاء أداه حالا ، وإن شاء بعد الأجل ثم يأخذ الدار) لأن الرضا بالتأجيل على المشتري

وَإِذَا قُضِيَ لِلشَّفِيعِ وَقَدْ بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا ، فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ
وَأِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ ، وَلَوْ بَنَى الشَّفِيعُ ثُمَّ اسْتَحِقَّتْ رَجْعٌ
بِالثَّمَنِ لِغَيْرٍ ، وَإِذَا خَرِبَتِ الدَّارُ أَوْ جَفَّ الشَّجَرُ فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ
السَّاحَةَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ،

لَا يَكُونُ رِضًا بِالتَّأْجِيلِ عَلَى الشَّفِيعِ لَتَفَاوَتِ النَّاسِ فِي الْمَلَاءَةِ وَالْإِعْسَازِ وَالْوَفَاءِ وَالْمُطْلِ ،
وَلِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ حَقُوقِ الْعَقْدِ وَلَمْ يَشْرُطْهُ الشَّفِيعُ فَلَا يَثْبُتُ لَهُ ، فَإِنْ أَدَّاهُ حَالًا وَأَخَذَهَا مِنْ
الْبَائِعِ سَقَطَ الثَّمَنُ عَنِ الْمُشْتَرِي لَوْصُولِهِ إِلَى الْبَائِعِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا مِنَ الْمُشْتَرِي فَالثَّمَنُ عَلَى حَالِهِ
مَوْجَلٌ لِلْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي عَمَلًا بِالشَّرْطِ ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مَوْجَلًا وَبَاعَهُ حَالًا ،
وَإِنْ أَدَّاهُ بَعْدَ الْأَجْلِ فَلَهُ ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَلْزَمْ زِيَادَةُ الضَّرَرِ ، لَكِنْ لَا بَدَّ مِنْ طَلْبِهِ عَلَى
الْوَجْهِ الَّذِي بَيَّنَّاهُ ، فَإِذَا ثَبَتَ أَخْرَاجُ الثَّمَنِ . قَالَ (وَإِذَا قُضِيَ لِلشَّفِيعِ وَقَدْ بَنَى الْمُشْتَرِي فِيهَا ،
فَإِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ ، وَإِنْ شَاءَ كَلَّفَ الْمُشْتَرِي قَلْعَهُ) وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَزُفَرٍ
وَمُحَمَّدٍ ، وَهُوَ رَوَايَةٌ عَنْ أَبِي يُوسُفَ ، وَرَوَى عَنْهُ ابْنُ زِيَادٍ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا بِالثَّمَنِ وَقِيَمَةِ الْبِنَاءِ
أَوْ يَتْرُكُ ؛ وَالْغَرَسُ مِثْلُ الْبِنَاءِ لِأَنَّهُ بَنَى فِي مَلِكٍ نَفْسِهِ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ صَحِيحٌ حَتَّى لَوْ أَجْرَهُ
طَابَ لَهُ الْأَجْرُ وَالْقَلْعُ مِنْ أَحْكَامِ الْعَدْوَانِ فَلَا يَكْلِفُهُ كَالزَّرْعِ وَكَالْمَوْهُوبِ لَهُ . وَلَنَا أَنَّهُ
تَعَدَّى مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ بَنَى فِي مَلِكٍ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيْطٍ مِنْ ذَلِكَ الْغَيْرِ فَيَنْقُصُ
صِيَانَةُ لِحَقِّهِ ، وَضُرَرُ الْقَلْعِ لِحَقِّ الْمُشْتَرِي بِفَعْلِهِ فَلَا يَحْتَسِبُ ، وَلِأَنَّ الشَّفِيعَ اسْتَحَقَّهُ بِسَبَبِ
سَابِقٍ ، وَهُوَ مُقَدِّمٌ عَلَى الْمُشْتَرِي فَيَنْقُضُهُ كَمَا فِي الْاسْتَحْقَاقِ ، وَلِهَذَا تَنْقُصُ جَمِيعُ
تَصَرُّفَاتِهِ ، بِخِلَافِ الْمَوْهُوبِ لَهُ لِأَنَّ صَاحِبَ الْحَقِّ سَلَطَهُ . وَأَمَّا الزَّرْعُ فَالْقِيَاسُ أَنْ يَقْلَعَهُ ،
لَكِنْ اسْتَحْسِنُوا أَنْ يَبْقَى فِي الْأَرْضِ بِالْأَجْرَةِ لِأَنَّ لَهُ نَهَايَةَ فَلَاضْرَرٍ فِيهِ كَالْبِنَاءِ . وَذَكَرَ
فِي الْمَحِيطِ أَنَّ الزَّرْعَ يَتْرُكُ بِغَيْرِ أَجْرٍ ، وَإِنْ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ فَقِيَمَتُهُ مَقْلُوعًا وَيَعْرِفُ تَمَامَهُ
فِي الْغَضَبِ . قَالَ (وَلَوْ بَنَى الشَّفِيعُ ثُمَّ اسْتَحَقَّتْ رَجْعٌ بِالثَّمَنِ لِغَيْرٍ) وَلَا يَرْجِعُ بِقِيَمَتِهِ عَلَى
الْمُشْتَرِي وَلَا عَلَى الْبَائِعِ ، لِأَنَّ الرُّجُوعَ إِنَّمَا ثَبَتَ فِي الْمَسْئَلَةِ الْأُولَى وَلِأَنَّ الْبَائِعَ خَدَعَ الْمُشْتَرِي
وَضَمَّنَ لَهُ التَّمَكُّنَ مِنَ التَّصَرُّفِ كَيْفَ شَاءَ ، وَلَمْ يَضْمَنْ لِلشَّفِيعِ ذَلِكَ أَحَدٌ ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ بِغَيْرِ
اخْتِيَارِ الْبَائِعِ وَلَا الْمُشْتَرِي فَلَمْ يَكُنْ مَغْرُورًا وَلَا يَرْجِعُ ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا اسْتَحَقَّ ثَبَتَ أَنَّهُ أَخَذَهُ
بِغَيْرِ حَقٍّ ، أَمَّا الثَّمَنُ فَإِنَّهُ عَوُضٌ عَنِ الْمَبِيعِ فَإِذَا لَمْ يَسْلَمْ الْمَبِيعُ يَرْجِعُ بِالثَّمَنِ . قَالَ (وَإِذَا
خَرِبَتِ الدَّارُ أَوْ جَفَّ الشَّجَرُ ، فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ السَّاحَةَ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)
وَكَذَلِكَ لَوْ حَرَقَتْ أَوْ غَرِقَتْ ، لِأَنَّ الْبِنَاءَ تَبِعَ وَوَصَفَ لِلْسَّاحَةِ حَتَّى يَدْخُلَ فِي الْبَيْعِ بِغَيْرِ ذِكْرِ
فَلَا يَقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا كَأَطْرَافِ الْعَبْدِ ، وَلَوْ بَاعَهُمَا مُرَاجَعَةً بَاعَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ .

وإن نقض المشتري البناء فالشفع إن شاء أخذ العرصة بحصتها ، وإن شاء ترك ، وإن اشترى نخلاً عليه ثمر فهو للشفيع ، فإذا جذه المشتري نقص حصته من الثمن .

كتاب الإجارة

وهي بيع المنافع ، جوزت على خلاف القياس لحاجة الناس ،

قال (وإن نقض المشتري البناء فالشفيع إن شاء أخذ العرصة بحصتها ، وإن شاء ترك) لأنه صار مقصودا بالإتلاف فيقابلة شيء من الثمن كأطراف العبد ، وكذا إذا فعله أجنبي ، وكذا إذا نزع باب الدار وباعه ، وليس له أخذ النقض لأنه صار مفصولاً فلم يبق تبعاً ، أو صار نقلياً فلا شفعة فيه . قال (وإن اشترى نخلاً عليه ثمر فهو للشفيع) معناه إذا شرطه في البيع لأنه لا يدخل بدون الشرط على ما مر في البيوع ، فإذا شرطه دخل في البيع واستحق بالشفعة لأنه باعتبار الاتصال صار كالنخل ، وهذا استحسان ، والقياس أن لاشفعة فيه لعدم التبعية حتى لا يدخل في البيع بدون الشرط . وإذا دخل في الشفعة (فإذا جذه المشتري نقص حصته من الثمن) لأنه صار مقصوداً بالذكر فقابله شيء من الثمن ، وليس له أن يأخذ الثمرة لأنها نفلية ، ولو لم يكن على النخل ثمر وقت البيع فأثمر فللشفيع أخذه بالثمرة ، لأن البيع سرى إليه فكان تبعاً ، فإذا جذها المشتري ، فللشفيع أن يأخذ النخل بجميع الثمن ، لأن الثمرة لم تكن موجودة وقت العقد فلم تكن مقصودة ، فلا يقابلها شيء من الثمن .

كتاب الإجارة

(وهي بيع المنافع ، جوزت على خلاف القياس لحاجة الناس) اعلم أن التملك نوعان : تملك عين ، وملك منافع . وملك العين نوعان : بعوض وهو البيع وقد بيناه ، وبغير عوض وهو الهبة والصدقة والوصية ، وسيأتي أبوابها إن شاء الله تعالى . وملك المنافع نوعان : بغير عوض ، وهو العارية والوصية بالمنافع على ما يأتيك ؛ وبعوض وهو الإجارة ، وسميت بيع المنافع لوجود معنى البيع وهو بذل الأعواض في مقابلة المنفعة وهي على خلاف القياس ، لأن المنافع معدومة ، وبيع المعدوم لا يجوز ، إلا أنا جوزناها لحاجة الناس إليها ، ومنع شمس الأئمة السرخسي هذا وقال : إنما يشترط الملك والوجود للقدرة على التسليم ، وهذا لا يتحقق في المنافع ، لأنها عرض لا تبقى زمانين فلا معنى للاشتراط ، فأقمنا العين

وَلَا بُدَّ مِنْ كَوْنِ الْمَنَافِعِ وَالْأَجْرَةِ مَعْلُومَةً ، وَمَا صَلَحَ ثَمْنَا صَلَحَ أَجْرَةُ ،
وَتَفْسُدُ بِالشَّرْطِ ، وَيَثْبُتُ فِيهَا خِيَارُ الرُّوْيَةِ وَالشَّرْطِ وَالْعَيْبِ ، وَتُقَالُ وَتُفْسَخُ
وَالْمَنَافِعُ تُعْلَمُ بِذِكْرِ الْمُدَّةِ كَسُكْنَى الدَّارِ ، وَزَرْعِ الْأَرْضَيْنِ مُدَّةً مَعْلُومَةً
أَوْ بِالتَّسْمِيَةِ كَصَبْغِ الثَّوبِ ، وَخِيَاطَتِهِ ، وَإِجَارَةِ الدَّابَّةِ لِحِمْلِ شَيْءٍ مَعْلُومٍ
أَوْ لِيَرَكَبَهَا مَسَافَةً مَعْلُومَةً أَوْ بِالْإِشَارَةِ كَحِمْلِ هَذَا الطَّعَامِ ؛ وَإِنْ اسْتَأْجَرَ
دَارًا أَوْ حَانُوتًا فَلَهُ أَنْ يَسْكُنَهَا وَيَعْمَلَ فِيهَا مَا شَاءَ وَيَعْمَلَ فِيهَا مَا شَاءَ

المنتفع بها مقام المنفعة في حق إضافة العقد إليها ليرتب القبول على الإيجاب كقيام الذمة
التي هي محل المسلم فيه مقام المعقود عليه في حق جواز السلم ، وتنقذ ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة ليقترن الانعقاد بالاستيفاء ، فيتحقق بهذا الطريق التمكن من استيفاء
المعقود عليه . والدليل على جوازها قوله تعالى - فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن -
وقوله تعالى - ليتخذ بعضهم بعضا سخريا - أي بالعمل بالأجر . وقال عليه الصلاة والسلام
« من استأجر أجيرا فليعلمه أجره » . وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملون بها فأقرهم
على ذلك وعليه الإجماع ، ولا تنقذ بلفظ البيع لأنه وضع لتمليك الأعيان ، والإجارة
تمليك منافع معدومة ؛ ويبدأ بتسليم المعقود عليه ليتمكن من الانتفاع ، لأن عين المنفعة
لا يمكن تسليمها ، فأقمنا التمكن من الانتفاع مقامه . قال (ولا بد من كون المنافع
والأجرة معلومة) قطعا للمنازعة ولما تقدم من الحديث . قال (وما صلح ثمنا صلح أجرة)
لأنها ثمن أيضا ؛ فالمكيل والموزون والمزروع والمعدود والمتقارب يصلح أجرة على الوجه
الذي يصلح ثمنا ، والحيوان يصلح إن كان عينا ، أما دينا فلا لأنه لا يثبت في الذمة ،
والمنفعة تصلح أجرة في الإجارة إذا اختلف جنسهما ، ولا تصلح ثمنا في البيع لأن
الثن يملك بنفس العقد ، والمنفعة لا يمكن تمليكها بنفس العقد . قال (وتفسد بالشروط ،
ويثبت فيها خيار الرؤية والشرط والعيب ، وتقال وتفسخ) كما في البيع . قال (والمنافع تعلم
بذكر المدّة كسكنى الدار وزرع الأرضين مدّة معلومة) لأن المدّة إذا علمت تصير
المنافع معلومة (أو بالتسمية كصبغ الثوب ، وخياطته ، وإجارة الدابة لحمل شيء معلوم
أو ليركبها مسافة معلومة) لأنه إذا بين لون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر المحمول
وجنسه والمسافة تصير المنافع معلومة (أو بالإشارة كحمل هذا الطعام) لأنه إذا عرف
ما يحمله والموضع الذي يحمله إليه تصير المنفعة معلومة . قال (وإن استأجر دارا أو حانوتا
فله أن يسكنها ويسكنها من شاء ويعمل فيها ما شاء) من وضع المتاع وربط الحيوان
وغيره وإن لم يسم ذلك ، لأن المقصود المتعارف من الدور والحوانيت ذلك ، ومنافع

إِلَّا الْقَصَارَةَ وَالْحِدَادَةَ وَالطَّحْنَ ؛ وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ بَيْنَ مَا يُزْرَعُ فِيهَا ، أَوْ يَقُولُ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا مَا شَاءَ ، وَهَكَذَا رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَلُبْسُ الثَّوبِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ أَوْ رَكِبَ وَاحِدًا تَعَيَّنَ ؛ وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَانْقَضَتِ الْمُدَّةُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا فَارِغَةً كَمَا قَبَضَهَا ، وَالرُّطْبَةُ كَالشَّجَرِ ، فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ تُنْقُصُ بِالْقَلْعِ يَغْرَمُ لَهُ الْآجِرُ قِيَمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكُهُ ، وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ لَا تُنْقُصُ ، فَإِنْ شَاءَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ الْقِيَمَةَ وَيَتَمَلَّكُهُ فَلَهُ ذَلِكَ بِرِضَا صَاحِبِهِ ، أَوْ يَتَرَاضِيَانِ فَتَكُونُ الْأَرْضُ هَذَا وَالْبِنَاءُ هَذَا ، وَإِنْ سَمِيَ مَا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ كَقَفْزِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُهُ أَوْ أَخْفَ كَالشَّعِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَثْقَلُ كَالْمِلْحِ ،

السَّكْنَى غَيْرُ مُتَفَاوِتَةٍ فِي ذَلِكَ . قَالَ (إِلَّا الْقَصَارَةَ وَالْحِدَادَةَ وَالطَّحْنَ) لِأَنَّهَا تَوْهِنُ الْبِنَاءَ وَفِيهِ خَرَرٌ فَلَا يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّارُ ضَيْقَةً لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْبِطَ الدَّابَّةَ فِيهَا لِعَدَمِ الْعَادَةِ . قَالَ (وَإِنْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلزَّرَاعَةِ بَيْنَ مَا يُزْرَعُ فِيهَا أَوْ يَقُولُ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا مَا شَاءَ) لِأَنَّ مَنَافِعَ الزَّرَاعَةِ مُخْتَلِفَةٌ وَكَذَلِكَ تَضُرُّ الْأَرْضَ بِالزَّرَاعَةِ مُخْتَلِفٌ بِاخْتِلَافِ الْمَزْرُوعَاتِ فَيَفْضِي إِلَى الْمَنَازَعَةِ ، فَذَا بَيْنَ مَا يُزْرَعُ أَوْ قَالَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا مَا شَاءَ انْقَطَعَتِ الْمَنَازَعَةُ (وَهَكَذَا رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَلِبْسُ الثَّوبِ) وَكُلُّ مَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ ، لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي الرُّكُوبِ وَاللِّبْسِ فَيَفْضِي إِلَى الْمَنَازَعَةِ ، فَإِذَا عَيْنٌ أَوْ أُطْلُقَ فَلَا مَنَازَعَةَ (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَبِسَ أَوْ رَكِبَ وَاحِدًا تَعَيَّنَ) فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْكَبَ أَوْ يَلْبَسَ غَيْرَهُ كَمَا إِذَا عَيْنُهُ فِي الْإِبْتِدَاءِ وَيَدْخُلُ فِي إِجَارَةِ الدَّوَرِ وَالْأَرْضَيْنِ الطَّرِيقَ وَالشَّرْبَ ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْمَنْفَعَةَ وَلَا مَنَفْعَةَ دُونَهُمَا . قَالَ (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ أَرْضًا لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَانْقَضَتِ الْمُدَّةُ يَجِبُ عَلَيْهِ تَسْلِيمُهَا فَارِغَةً كَمَا قَبَضَهَا) لِيَتِمَّ مَالُهَا مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا فَيَقْلَعُ الْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ لِأَنَّهُ لَانْهَاءٌ لِحُمَا (وَالرُّطْبَةُ كَالشَّجَرِ) لِطَوْلِ بَقَائِهِ فِي الْأَرْضِ ؛ أَمَّا الزَّرْعُ فَلَهُ نِهَآةٌ مَعْلُومَةٌ فَيَتْرَكُ بِأَجْرِ الْمَثَلِ إِلَى نِهَآتِهِ رِعَايَةً لِلْجَانِبَيْنِ (فَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ تُنْقُصُ بِالْقَلْعِ يَغْرَمُ لَهُ الْآجِرُ قِيَمَةَ ذَلِكَ مَقْلُوعًا وَيَتَمَلَّكُهُ) تَرْجِيحًا لِلْجَانِبِ الْأَرْضِ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ وَالْبِنَاءُ وَالْغَرْسُ تَبَعٌ ، وَإِنَّمَا يَغْرَمُ قِيَمَتَهُ مَقْلُوعًا لِأَنَّهُ مُسْتَحَقُّ الْقَلْعِ ، فَتَقْوَمُ الْأَرْضُ بِدُونِ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ ، وَتَقْوَمُ وَبِهَا بِنَاءٌ أَوْ شَجَرٌ ، وَلِصَاحِبِ الْأَرْضِ أَنْ يَأْمُرَهُ بِقَلْعِهِ فَيَضْمَنُ فَضْلَ مَا بَيْنَهُمَا (وَإِنْ كَانَتْ الْأَرْضُ لَا تُنْقُصُ ، فَإِنْ شَاءَ صَاحِبُ الْأَرْضِ أَنْ يَضْمَنَ لَهُ الْقِيَمَةَ) كَمَا تَقْدُمُ (وَيَتَمَلَّكُهُ فَلَهُ ذَلِكَ بِرِضَا صَاحِبِهِ ، أَوْ يَتَرَاضِيَانِ فَتَكُونُ الْأَرْضُ هَذَا وَالْبِنَاءُ هَذَا) لِأَنَّ الْحَقَّ لِحُمَا . قَالَ (وَإِنْ سَمِيَ مَا يَحْمِلُهُ عَلَى الدَّابَّةِ كَقَفْزِ حِنْطَةٍ فَلَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ مِثْلُهُ أَوْ أَخْفَ كَالشَّعِيرِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْمِلَ مَا هُوَ أَثْقَلُ كَالْمِلْحِ ،

وإن زاد على المسمى فعطبت ضمن بقدر الزيادة ، وإن سمي قدرا من القطن فليس له أن يحمل مثل وزنه حديدا ، وإن استأجرها ليركبها فأردف آخر ضمن النصف ، فإن ضربها فعطبت ضمنها (سم) .

فصل

الأجراء : مشترك كالصباغ والقصار ، ولا يستحق الأجرة حتى يعمل ، والمال أمانة في يده ،

وإن زاد على المسمى فعطبت ضمن بقدر الزيادة ، وإن سمي قدرا من القطن فليس له أن يحمل مثل وزنه حديدا (والأصل أن المستأجر إذا خالف إلى مثل المشروط أو أخف فلا شيء عليه ، لأن الرضا بأعلى الضررين رضى بالأدنى وبمثله دلالة ، وإن خلف إلى ما هو فوقه في الضرر فعطبت الدابة ، فإن كان من خلاف جنس المشروط ضمن الدابة ، لأنه متعد في الجميع ولا أجر عليه ؛ وإن كان من جنسه ضمن بقدر الزيادة وعليه الأجر ، لأنها هلكت بفعل المأذون وغير مأذون ، فيقسم على قدرهما إلا إذا كان قدرا لا تطيقه فيضمن الكل لكونه غير معتاد فلا يكون مأذونا فيه ، والحديد أضرب من القطن لأنه يجتمع في موضع واحد من ظهر الدابة والقطن ينبسط . قال (وإن استأجرها ليركبها فأردف آخر ضمن النصف) وهي نظير الزيادة من الجنس تعليلا وتفصيلا . قال (فإن ضربها فعطبت ضمنها) وكذلك إن كبعها بلبامها إلا أن يكون أذن له في ذلك ، وقالوا : لا يضمن إلا أن يتجاوز المعتاد ، لأنه لا بد من الضرب المعتاد في السير ، فكان مأذونا فيه لأن المعتاد كالمشروط . ولأبي حنيفة أن السير يمكن بدون ذلك بتحريك الرجل والصيحة ، فلا يملك ذلك إلا بصريح الإذن ؛ وكذا لو استأجر حمارا بسرج فأوقفه ضمن عنده ، وقالوا : لا يضمن إلا أن يكون أثقل من السرج فيضمن قدر الزيادة ، أو يكون لا يوكف بمثله الحمر فيضمن الكل ، لأنه إذا كان يوكف بمثله الحمر صار هو والسرج سواء فيكون مأذونا فيه دلالة . وله أن الإكاف للحمل والسرج للركوب فكان خلاف الجنس ، ولأنه ينبسط على ظهر الدابة أكثر من السرج فكان أضرب فيضمن للمخالفة .

فصل

(الأجراء : مشترك كالصباغ والقصار) لأن المعقود عليه إما العمل أو أثره ، والمنفعة غير مستحقة فله أن يعمل للغير فكان مشتركا (ولا يستحق الأجرة حتى يعمل) لأن الأجرة لا تستحق بالعقد على ما سنبينه إن شاء الله تعالى (والمال أمانة في يده) لأنه قبضه

إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ بِعَمَلِهِ ، كَتَخْرِيقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ ، وَزَلَقِ الْحَمَالِ ،
وَانْقِطَاعِ الْحَبْلِ مِنْ شِدَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْآدَمِيَّ إِذَا غَرِقَ
فِي السَّفِينَةِ مِنْ مَدَّةِ ، أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ . وَلَا ضِمَانٌ عَلَى
الْفَصَّادِ وَالْبَزَّاعِ إِلَّا أَنْ يَتَجَاوَزَ الْمَوْضِعَ الْمَعْتَادَ ، وَخَاصُّهُ كَالْمُسْتَأْجِرِ شَهْرًا
لِلْخِدْمَةِ وَرَعَى الْغَنَمَ وَنَحْوَهُ ، وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ وَإِنْ
لَمْ يَعْمَلْ ، وَلَا يَضْمَنُ مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ وَلَا بِعَمَلِهِ إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الْفَسَادَ ،

بِإِذْنِ الْمَالِكِ فَلَا يَضْمَنُ (إِلَّا أَنْ يَتَلَفَ بِعَمَلِهِ كَتَخْرِيقِ الثَّوبِ مِنْ دَقِّهِ وَزَلَقِ الْحَمَالِ وَانْقِطَاعِ
الْحَبْلِ مِنْ شِدَّةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ) لِأَنَّهُ مُضَافٌ إِلَى فَعْلِهِ وَهُوَ لَمْ يُوْمَرْ إِلَّا بِعَمَلٍ فِيهِ صَلَاحٌ ، فَإِذَا
أَفْسَدَهُ فَقَدْ خَالَفَ فَيَضْمَنُ (إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ الْآدَمِيَّ إِذَا غَرِقَ فِي السَّفِينَةِ مِنْ مَدَّةِ ،
أَوْ سَقَطَ مِنَ الدَّابَّةِ بِسَوْقِهِ وَقَوْدِهِ) لِأَنَّ الْآدَمِيَّ لَا يَضْمَنُ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا يَضْمَنُ بِالْخَنَاءِ ،
وَلَوْ غَرِقَتْ مِنْ مَوْجٍ أَوْ رِيحٍ أَوْ صَدَمِ جَبَلٍ أَوْ زَوْحِ الْحَمَالِ فَلَا ضِمَانٌ عَلَيْهِمْ ، لِأَنَّهُ
لَا فَعْلَ لَهُمْ فِي ذَلِكَ ، وَلَوْ تَلَفَ بِفَعْلِ أَجِيرِ الْقَصَارِ لَا مَتَعَمِدًا فَالضَّمَانُ عَلَى الْأُسْتَاذِ ،
لِأَنَّ فَعْلَ الْأَجِيرِ مُضَافٌ إِلَى أُسْتَاذِهِ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : يَضْمَنُ سِوَاءُ هَلَكَ بِفَعْلِهِ
أَوْ بِغَيْرِ فَعْلِهِ ، إِلَّا مَا لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنْهُ كَالْمَوْتِ وَالْحَرِيقِ وَالْغُرُقِ الْغَالِبِ وَالْعَدُوِّ الْمَكَايِرِ ،
لِأَنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ حِفْظُهُ عَمَّا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ ، فَإِذَا تَرَكَهُ ضَمِنَ كَمَا إِذَا هَلَكَ بِفَعْلِهِ ، وَهُوَ
مَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وَعَلَى رِضَى اللَّهِ عَنْهُمَا ؛ ثُمَّ إِنْ شَاءَ ضَمِنَهُ مَعْمُولًا وَأَعْطَاهُ الْأَجْرَ وَغَيْرَ
مَعْمُولٍ وَلَا أَجْرَ لَهُ . وَقَالَ زُفَرٌ : لَا يَضْمَنُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ عَمَلٌ بِأَمْرِ الْمَالِكِ وَصَارَ
كَأَجِيرِ الْوَحْدِ ، وَجَوَابُهُ مَا مَرَّ لِأَبِي حَنِيفَةَ . قَالَ (وَلَا ضِمَانٌ عَلَى الْفَصَّادِ وَالْبَزَّاعِ (١) إِلَّا
أَنْ يَتَجَاوَزَ الْمَوْضِعَ الْمَعْتَادَ) لِأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ الْمَعْتَادَ لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ عَنِ السَّرَايَةِ ، لِأَنَّهُ
يَبْتَنِي عَلَى قُوَّةِ الْمَزَاجِ وَضَعْفِهِ وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ فَلَا يَتَّقِي بِهِ ، بِخِلَافِ دَقِّ الثَّوبِ لِأَنَّ رِقَّتَهُ
وِثْقَانَتَهُ تَعْرِفُ لِأَهْلِ الْخَبَرَةِ بِهِ فَتَقِيدُ بِالصَّلَاحِ ؛ وَلَوْ قَالَ لِلْخِيَاطِ : إِنْ كَفَانِي هَذَا الثَّوبُ
قَمِيصًا فَاقْطَعْهُ فَقَطَعَهُ فَلَمْ يَكْفِهِ ضَمِنَ ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُذِنَ لَهُ فِي الْقَطْعِ بِشَرْطِ الْكِفَايَةِ ؛ وَلَوْ
قَالَ لَهُ : هَلْ يَكْفِينِي ؟ فَقَالَ نَعَمْ ، قَالَ فَاقْطَعْ فَلَمْ يَكْفِهِ لَا يَضْمَنُ لِأَنَّهُ أَمَرَهُ بِالْقَطْعِ مُطْلَقًا .
قَالَ (وَخَاصُّهُ كَالْمُسْتَأْجِرِ شَهْرًا لِلْخِدْمَةِ وَرَعَى الْغَنَمَ وَنَحْوَهُ) لِأَنَّ مَنَافِعَهُ صَارَتْ مُسْتَحَقَّةً
لِلْمُسْتَأْجِرِ طَوْلَ الْمَدَّةِ فَلَا يُمْكِنُ صَرْفُهَا إِلَى غَيْرِهِ فَلِهَذَا كَانَ خَاصًّا ، وَيُسَمَّى أَجِيرَ الْوَحْدِ
أَيْضًا (وَيَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ بِتَسْلِيمِ نَفْسِهِ وَإِنْ لَمْ يَعْمَلْ) لِأَنَّهَا مُقَابِلَةٌ بِالْمَنَافِعِ ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْعَمَلَ
لِصَرْفِ الْمَنْفَعَةِ الْمُسْتَحَقَّةِ إِلَى تِلْكَ الْجِهَةِ ، وَمَنَافِعُهُ صَارَتْ مُسْتَوْفَاةً بِالتَّسْلِيمِ تَقْدِيرًا حَيْثُ
فُوتَها عَلَيْهِ فَاسْتَحَقَّ الْأَجْرَةَ . قَالَ (وَلَا يَضْمَنُ مَا تَلَفَ فِي يَدِهِ) لِمَا مَرَّ (وَلَا بِعَمَلِهِ
إِذَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الْفَسَادَ) لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ الْمَنْفَعَةُ وَهِيَ سَلِيمَةٌ ، وَالْمَعِيبُ الْعَمَلُ الَّذِي هُوَ

(١) قوله البزاع : البيطار الذي يسمى في عرفنا البيطري اه مصححه .

وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُسَافِرَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَشْرُطَهُ .
وَالْأَجْرَةُ تُسْتَحَقُّ بِاسْتِيفَاءِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ ، أَوْ بِاشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ أَوْ
بِتَّعْجِيلِهَا ، وَإِذَا تَسَلَّمَ الْعَيْنَ الْمُسْتَأْجَرَ فَعَلَيْهِ الْأَجْرَةُ وَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ
بِهَا ، فَإِنْ غَضِبَتْ مِنْهُ سَقَطَ الْأَجْرُ ، وَلَرَبَّ الدَّارِ أَنْ يُطَالِبَ بِأَجْرَةِ
كُلِّ يَوْمٍ ،

تسليم المنفعة وهو غير معقود عليه ولا يكون مضمونا عليه ، ولأن المنافع إذا صارت ملكا
للمستأجر فإذا أمره بالعمل انتقل عمله إليه ، لأنه يصير نائبا عنه فيصير كأنه فعله بنفسه ،
وما تلف من عمله ضمانه على أستاذه لما أنه أجير خاص . قال (ومن استأجر عبدا فليس
له أن يسافر به إلا أن يشرطه) لأن خدمة السفر أشق فلا ينتظمها العقد إلا بشرط ، فإن
استأجره للخدمة فعليه خدمته من السحر إلى أن ينام الناس بعد العشاء عملا بالعرف في الخدمة
وعليه خدمة البيت والضيف دون الخبز والطبخ والحياطة وعلف الدواب ونحو ذلك ،
ولو أجر عبده سنة ثم أعتقه في خلالها جاز العتق ؛ والعبد إن شاء مضى على الإجارة وإن
شاء فسخ ، وأجرة مامضى للسيد وما بقى للعبد ، لأن منفعته بعد العتق له فيكون له بدلها ،
وإذا أجاز فليس له فسخها بعد ذلك ، وليس للعبد قبض الأجرة إلا باذن المولى .

فصل

(والأجرة تستحق باستيفاء المعقود عليه ، أَوْ بِاشْتِرَاطِ التَّعْجِيلِ أَوْ بِتَّعْجِيلِهَا) لأن
الأجرة لا تجب بنفس العقد لقوله عليه الصلاة والسلام « أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف
عرقه » ولو وجبت بنفس العقد لما جاز تأخيرها إلا برضاه ، والنص يقتضى الوجوب
بعد الفراغ ، لأن العرق إنما يوجد بالعمل ، ولأن المنفعة لا يمكن استيفائها لدى العقد
لأنها تحدث شيئا فشيئا ، وهى عقد معاوضة فتقتضى المساواة فلا تجب الأجرة بنفس العقد ،
فإذا استوفى المعقود عليه استحق الأجرة عملا بالمساواة ، وإذا اشترط التعجيل أو عجلها
فقد رضى باسقاط حقه فى التأجيل فيسقط . قال (وإذا تسلم العين المستأجرة فعليه الأجرة
وإن لم ينتفع بها) لأن تسليم المنفعة غير ممكن فأقيم تسليم العين مقامها ليمكن من الانتفاع .
قال (فإن غضبت منه سقط الأجر) لأنه زال التمكن فبطلت لما بينا أنها تنعقد شيئا
فشيئا ، ولو غضبها فى بعض المدة سقطت حصته لما بينا . قال (ولرب الدار أن يطالب
بأجرة كل يوم) وكذا جميع العقار ، لأن أحد العوضين صار منتفعا به مدة مقصودة ،
فيجب أن يكون العوض الآخر كذلك تحقيقا للمساواة ؛ وقضية ما ذكرنا أن له المطالبة
ساعة فساعة إلا أن فيه حرجا عظيما وضررا ظاهرا فقد رناه باليوم تيسيرا ، ولأننا لا نعرف

وَالْحَمَالُ بِأَجْرَةِ كُلِّ مَرَحَلَةٍ ، وَتَمَامُ الْخَبْرِ إِخْرَاجُهُ مِنَ التَّنَوُّرِ ، وَتَمَامُ
الطَّبَخِ غَرْفُهُ ، وَتَمَامُ ضَرْبِ اللَّبَنِ إِقَامَتُهُ (سم) ، وَمَنْ لِعَمَلِهِ أَثَرٌ فِي الْعَيْنِ
كَالصَّبَاغِ وَالْحَيَّاطِ وَالْقَصَّارِ يَحْبِسُهَا حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الْأَجْرَ ، فَإِنْ حَبَسَهَا فَضَاعَتْ
لأشْيَاءَ (سم) وَلَا أَجْرَ لَهُ عَلَيْهِ ، وَمَنْ لَا أَثَرَ لِعَمَلِهِ كَالْحَمَالِ وَالْغَسَّالِ
لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِذَا شُرِطَ عَلَى الصَّانِعِ الْعَمَلُ بِنَفْسِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ
يَسْتَعْمَلَ غَيْرَهُ ،

حصة كل ساعة . قال (والجمال بأجرة كل مرحلة) لما بينا . وعن أبي يوسف إذا سار
ثلث الطريق أونصفه لزمه التسليم . وعن أبي حنيفة إذا انقضت المدة وانتهى السفر وهو
قول زفر ، لأن المعقود عليه شيء واحد وهو قطع هذه المسافة أوسكنى هذه المدة فلا
ينقسم الأجر على أجزائها كالعمل ، وكأن أبا يوسف أقام الثلث أو النصف مقام الكل
على أصله ، وجوابه ما بينا ، ثم رجع أبو حنيفة إلى ما ذكرنا أولاً . قال (وتام الخبر
إخراج من التنور) وكذلك الأجر لأنه لا ينتفع به قبل ذلك ، فلو احترق أو سقط من يده
قبل ذلك فلا أجر له بهلاكه قبل التسليم ، وإن هلك بعد الإخراج بغير فعله فلا ضمان عليه
وله الأجر ، لأنه سلمه إليه حيث وضعه في بيته ولم يهلك بفعله . قال (وتام الطبخ غرفه)
إن كان في وليمة ، وإن طبخ قدر طعام لصاحبه فليس عليه الغرف للعرف . قال (وتام
ضرب اللبن إقامته) وقالوا : تشريجه لأن بالتشريح يؤمن عليه الفساد ، وهو من عمله عرفاً
فيلزمه . ولأبي حنيفة أن العمل تم بالإقامة لأنه يمكنه الانتفاع به من غير خلل فلا
يلزمه شيء آخر ، والتشريح فعل آخر فلا يلزمه إلا بالشرط ولو كان في غير ملكه ،
فما لم يشرجه ويسلمه إلى المستأجر فلا أجر له وهو في ضمانه . قال (ومن لعمله أثر في العين
كالصباغ والحياط والقصار يحبسها حتى يستوفي الأجر) لأن له حبس صبغه وغيره
بحبس المحل حتى يستوفي الثمن (١) كالمبيع (فإن حبسها فضاعت لأشياء عليه) لأنه أمانة
في يده (ولا أجر له) وعندهما هو مضمون بعد الحبس كقبله ، فإن ضمنه معمولاً فله الأجر
وغير معمول لا أجر له . قال (ومن لا أثر لعمله كالحمال والغسال ليس له ذلك) لأنه
ليس له عين يحبسها والمعقود عليه نفس العمل فلا يتصور حبسه ، فإن حبسه فهو غاصب ،
بخلاف رد الآبق حيث له حبسه على الجعل ، وإن لم يكن لعمله أثر لأنه عرف نصاً ،
ولأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياه بالرد فكأنه باعه . قال (وإذا شرط على الصانع
العمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن العمل يختلف باختلاف الصانع جودة ورداءة ،
فكان الشرط مفيداً ، فيتعين كما تتعين المنفعة في محل بعينه ، وإن أطلق له العمل فله أن
يعمل بنفسه وبغيره ، لأن المستحق مطلق العمل ، ويمكنه إيفاؤه بنفسه وبغيره فافترقا

وإن قال : إن سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم ، وحدّاداً بدرهمين جاز (سم) ، وأى العاملين عمل استحقّ المسمى له

فصل

وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل ،

قال (وإن قال : إن سكنت هذا الحانوت عطاراً فبدرهم ، وحدّاداً بدرهمين جاز ، وأى العاملين عمل استحقّ المسمى له) وقالوا : الإجارة فاسدة ، وعلى هذا الخلاف إن استأجر دابة إلى الخيرة بدرهم وإلى القادسية بدرهمين ، أو إن حمل عليها كرت شعير فبدرهم وكرت حنطة بدرهمين . لهما أن المعقود عليه أحد الشئين ، والأجر أحد الأجرين ، وتجب بالتخلى والتسليم وأنه مجهول ، بخلاف الحياطة الرومية والفارسية ، لأن الأجرة تجب بالعمل ، وبه ترتفع الجهالة فافترقا . ولأبي حنيفة أنه خير به بين عقدين مختلفين صحيحين ، لأن سكناً العطار تحالف سكناً الحدّاد حتى لا تدخل في مطلق العقد ، وكذا بقية المسائل والإجارة تعقد للمنفعة ، وعندهما ترتفع الجهالة فيصحّ كالفارسية والرومية ، وإن وجب الأجر بالتسليم يجب أقلهما للتيقن به ، ولو قال : إن خطت هذا الثوب فارسياً فبدرهم ورومياً فبدرهمين جاز ، وأى العاملين عمل استحقّ أجرته ، وقد مرّ وجهه . وقال زفر : الإجارة فاسدة لجهالة البدل في الحال ، وجوابه ما مرّ .

فصل

اعلم أن الإجارة تفسد بالشروط كما يفسد البيع ، وكل جهالة تفسد البيع ففسد الإجارة من جهالة المعقود عليه أو الأجرة أو المدة لما عرف أن الجهالة مفضية إلى المنازعة . والأصل قوله عليه الصلاة والسلام « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » شرط أن تكون الأجرة معلومة كما شرطه في البيع ؛ ولو آجر الدار على أن يعمرها أو يطبخها أو يضع فيها جذعاً فهو فاسد لجهالة الأجرة لأن بعضها مجهول ، لأنه لا يدري ما يحتاج إليه من العمارة ، ويعرف غيرها من الشروط المفسدة لمن يتأملها فتقاس عليها (وإذا فسدت الإجارة يجب أجر المثل) لأن التسمية إنما تجب بالعقود الصحيحة . أما الفاسدة فتجب فيها قيمة المعقود عليه كما في البيع . وقال عليه الصلاة والسلام في النكاح بغير مهر « فإن دخل بها فلها مهر مثلها لاوكس ولا شطط (١) » فدلّ على وجوب القيمة في العقد الفاسد .

(١) قوله لاوكس ولا شطط ، قال في مختار الصحاح : الوكس : النقص ، وقد وكس الشيء من باب وعد . وفي الحديث « لها مهر مثلها لاوكس ولا شطط » أى لانقصان ولا زيادة اه مصححه .

وَلَا يُزَادُ عَلَى الْمُسَمَّى ، وَإِذَا اسْتَأْجَرُوا دَارًا كُلَّ شَهْرٍ بِدِرْهَمٍ صَحَّ فِي شَهْرٍ
وَاحِدٍ وَفَسَدَ فِي بَقِيَّةِ الشُّهُورِ إِلَّا أَنْ يُسَمَّى شَهْرًا مَعْلُومَةً ، فَإِذَا تَمَّ الشَّهْرُ
فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِثْلُهُمَا نَقْضُ الْإِجَارَةِ ، فَإِنْ سَكَنَ سَاعَةً فِي الشَّهْرِ الثَّانِي صَحَّ
الْعَقْدُ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ شَهْرٍ سَكَنَ أَوَّلَهُ ، وَمَنْ اسْتَأْجَرَ جَمَلًا لِيَحْمِلَ
لَهُ مُحْمَلًا إِلَى مَكَّةَ جَازَ وَلَهُ الْمُعْتَادُ مِنْ ذَلِكَ ، وَإِنْ اسْتَأْجَرَهُ لِحَمْلِ الزَّادِ
فَأَكَلَ مِنْهُ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ عِوَضَهُ ،

(ولا يزاد على المسمى) لأن المنافع لاقيمة لها إلا بعقد أو شبهة عقد ضرورة الحاجة الناس ،
وقد قوامها في العقد بما سميا ، فيكون ذلك إسقاطا للزيادة ، بخلاف البيع ، لأن الأعيان
مستقيمة بنفسها ، فإذا بطل المسمى يصير كأنها تلفت بغير عقد فتجب القيمة . قال (وإذا
استأجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر واحد) لأنه معلوم (وفسد في بقية الشهور)
لأن كل كلمة للعموم وأنه مجهول (إلا أن يسمى شهرا معلوما) فيكون صحيحا في الكل
لكونه معلوما . قال (فإذا تم الشهر) في المسئلة الأولى (فلكل واحد منهما نقض الإجارة)
لانتفاء المدّة (فإن سكن ساعة في الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (وكذلك كل شهر
سكن أوله) لتسام العقد بتراضيهما بالسكنى ، وقيل يبقى الخيار لهما في أول ليلة في الشهر
ويومها دفعا للخرج عنهما ، لما فيه من الزوم بغير التزامهما . قال (ومن استأجر جملا
ليحمل له محملا إلى مكة جاز وله المعتاد من ذلك) والقياس أن لا يجوز لأنه مجهول إلا
أن الأصل أن ما لانص فيه يرجع فيه إلى المتعارف ، والمقصود الراكب والمحمل تبع ، والجهالة
فيه ترتفع بالرجوع إلى المعتاد فلا تفضي إلى المنازعة ، وإن شاهد الحمل المحمل فهو أولى
قطعا للمنازعة لدلالته على الرضى . قال (وإن استأجره لحمل الزاد فأكل منه فله أن يرد
عوضه) لأنه يستحق عليه حمل قدر معلوم طول الطريق ، فيردّ عوض ما أكل ، وهو
معتاد عند الناس إذا نقص عليهم ، وهكذا غير الزاد إذا أكله يردّ مثله لما بينا ؛ ولو استأجر
بغيرين ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما لهما من الوطاء (١) والدثار (٢) ولم
يعاين المكارى ذلك ، وعلى الآخر زاملة فيه قدر من الزاد وما يحتاج إليه من الحلّ والزيت
ونحوهما ، وما يكفيه من الماء ولم يبين قدره ، وما يصلح من القربة وخطها والميضأة (٣)
والمطهرة ولم يبين وزنه ، أو شرط أن يحمل هدايا من مكة ما يحمله الناس ، فهو جائز
استحسانا ، لأن ذلك معلوم عرفا ، والمعلوم عرفا كالمشروط ، ويحمل قربتين من ماء .

(١) قوله الوطاء : هو الفراش الذى يفرش تحت الركاب .

(٢) والدثار : هو الذى يتغطى به الراكب .

(٣) قوله الميضأة ، قال فى القاموس : والميضأة : الموضع يتوضأ فيه ومنه :

وَيَجُوزُ اسْتِئْجَارُ الظُّئْرِ بِأُجْرَةٍ مَعْلُومَةٍ ، وَيَجُوزُ بِطَعَامِهَا وَكِسْوَتِهَا (سم) ، وَلَا يَمْنَعُ زَوْجُهَا مِنْ وَطْئِهَا ، وَلَا تَجُوزُ الْإِجَارَةُ عَلَى الطَّاعَاتِ كَالْحَجِّ وَالْأَذَانِ وَالْإِمَامَةِ وَتَعْلِيمِ الْقُرْآنِ وَالْفِقْهِ ، وَبَعْضُ أَصْحَابِنَا الْمُتَأَخِّرِينَ قَالَ : يَجُوزُ

وإداوتين من أعظم ما يكون ، وكذلك إذا اكترى عقبة للتعارف ، وكذلك إذا استأجر دابة ليتعاقبا في الركوب ينزل أحدهما ويركب الآخر ، وإن لم يبين مقدار ما يركب كل واحد منهما لحرمان التعارف بذلك . قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى - فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن - ولأن التعامل بذلك جار بين الناس . قال (ويجوز بطعامها وكسوتها) وقالوا : لا يجوز وهو القياس للجهالة ، فإن طعامها وكسوتها مجهول حتى لو شرط قدرا من الطعام كل يوم وكسوة ثوب موصوف الجنس والطول والعرض كل ستة أشهر جاز بالإجماع . ولأبي حنيفة أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لأن العادة جرت بالتوسعة على الأظار وعدم المماكسة معهن ، وإعطائهن شهواتهن شفقة على الأولاد ، ويجب عليها القيام بأمر الصبي مما يصلحه من رضاعه وغسل ثيابه وإصلاح طعامه وما يداوى به ، لأن هذه الأعمال مشروطة عليها عرفا ، ولو أرضعته جاريتها أو استأجرت من أرضعته فلها الأجر لأنها بمنزلة الأجير المشترك لأن المقصود عليه العمل ، ولو شرط أن ترضعه بنفسها فأرضعته جاريتها فلا أجر لها للمخالفة فيما فيه تفاوت ، وقيل لها الأجر لأن المقصود من الإرضاع حياة الصبي وهما سواء فيه ، وما بينهما من التفاوت يسير لا يعتبر ؛ ولو أرضعته بلبن غنم أو بقر فلا أجر لها ، لأنه إيجار وليس بارضاع . قال (ولا يمنع زوجها من وطئها) لأن حقه ثابت بالنكاح قبل الإجارة ، وهو قائم بعدها ، ولهم منعه من غشيانها في منزلهم مخافة الحبل ، ولأنه ليس له ولاية الدخول إلى ملك الغير بغير أمره ، فإن حبلت فلهم فسخ الإجارة ؛ وكذلك إن كان الصبي لا يرضع لبنها أو يقذفه أو يتقايأه ، أو تكون سارقة أو فاجرة ، أو يريدون السفر ، لأن كل ذلك أعذار ، ولأن الصبي يستضر بلبنها ، وكذلك إذا مرضت ، وكذا لو مات الصبي أو الظئر انتقضت الإجارة ولزوجها نقض الإجارة إذا لم يرض صيانة لحقه . قال (ولا تجوز الإجارة على الطاعات كالحج والأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه) لما روى عن عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه أنه قال : آخر ما عهد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا تأخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا ، ولأن القربة تقع من العامل . قال الله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى - فلا يجوز له أخذ الأجرة من غيره كالصوم والصلاة ، وكذا لا يجوز على تعليم الصنائع ، لأن التعليم لا يقوم بالمعلم بل به وبالمتعلم وهو ذكاؤه وفطنته فلا يكون مقدورا له ، أو نقول هما شريكان ، فلا تصح الإجارة من أحدهما (وبعض أصحابنا المتأخرين قال : يجوز

على التعليم والإمامة في زماننا ، وعليه الفتوى ، ولا تجوز على المعاصي كالغناء والنوح ونحوهما ، ولا على عسب التيس ، وتجاوز أجره الحجامة والحمام ؛ ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاما بقفيز منه فهو فاسد ، ولو قال : أمرتك أن تخطه قباء ، وقال الحياط قميصا ، فالقول لصاحب الثوب ويحلف ، فإذا حلف فالحياط ضامن ؛ ولو قال : خطته بغير أجر ، وقال الصانع بأجر ، فإن كان قبل العمل يتحالفان ويبدأ بيمين المستأجر ،

على التعليم والإمامة في زماننا ، وعليه الفتوى (لحاجة الناس إليه وظهور التواني في الأمور الدينية ، وكسل الناس في الاحتساب ، فلو امتنع الجواز يضيع حفظ القرآن ؛ ولو استأجر مصحفا أو كتابا ليقرأ منه لم يجز ولا أجر له ، لأن القراءة والنظر منفعة تحدث من القارئ لامن الكتاب ، فصار كما لو استأجر شيئا لينظر إليه لا يجوز . قال (ولا تجوز على المعاصي كالغناء والنوح ونحوهما) لأنها لا تستحق بالعقد فلا تجوز . قال (ولا على عسب التيس) لئله صلى الله عليه وسلم عن ذلك وهو أن يستأجر التيس لينزو على غنمه ويدخل فيه كل فحل كالحصان والحصار وغيرهما . أما النزو بغير أجر لا بأس به ، وأخذ الأجر عليه حرام . قال (وتجاوز أجره الحجامة) فقد صح أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجامة أجره والنهي الوارد فيه للإشفاق لما فيه من الدناءة وباجماع المسلمين . قال (والحمام) للتعامل ولا اعتبار للجهالة مع اصطلاح المسلمين . قال (ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاما بقفيز منه فهو فاسد) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فصار كقفيز الطحان ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان ، وهو أن يستأجر ثورا أو راحا ليطحن له حنطة بقفيز منها . وينبني على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمل : منها إذا دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف ، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة وهو بعض المنسوج والمطحون ، لأن ذلك إنما يحصل بفعل الأجر فلا يكون قادرا بقدره غيره . قال (ولو قال أمرتك أن تخطه قباء ، وقال الحياط قميصا فالقول لصاحب الثوب) وكذا إذا اختلفا في صبغ الثوب أصفر أو أحمر ، أو بزعفران أو بعصفر ؛ ووجهه أن الحياط والصباغ أقر بسبب الضمان وهو التصرف في ملك الغير ، ثم ادعى ما يرثه وصاحبه ينكر ، ولأن الإذن يستفاد من جهة رب الثوب فيكون القول قوله لأنه أخبر بذلك (ويحلف) لأنه لو أقر لزمه فيحلف لاحتمال النكول (فإذا حلف فالحياط ضامن) معناه : إن شاء ضمنه الثوب ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ، أو ما زاد الصبغ في رواية (ولو قل خطته بنير أجر ، وقال الصانع بأجر ، فإن كان قبل العمل يتحالفان ويبدأ بيمين المستأجر) لأن كل واحد منهما يدعى عقدا والآخر ينكره ، لأن أحدهما يدعى هبة العمل ، والآخر يدعى بيعه

وإن كان بعد العمل فالقول لصاحب الثوب ، وإذا خربت الدار أو انقطع شرب الضيعة أو ماء الرحي انفسخ العقد ، ولو مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفسخت ، وإن عقدها لغيره لم تنفسخ .
وتنفسخ الإجارة بالعدر ،

(وإن كان بعد العمل فالقول لصاحب الثوب) لأنه منكر ، لأنه لا قيمة للعمل بدون العقد ، وهذا قول أبي حنيفة . وذكر أبو الليث عنه في العيون إن كانت الحياطة حرفته فله أجر مثله عملا بالعرف ، وإلا فلا أجر له ويكون متبرعا لما بينا . وقال أبو يوسف : لأجر له إلا أن يكون معاملة فيكون له الأجر جريا على عادتهما . وقال محمد : إن اتخذ حانوتا وانتصب لهذه الصناعة فله الأجرة وإلا فلا ، وعليه الفتوى ، لأنه دليل على العمل بالأجرة عرفا ، والمعروف كالمشروط . قال محمد : لو أمره أن ينقش اسمه على فسه فنقش اسم غيره ضمنه ، لأنه فوت غرضه وهو الختم فصار كالاستهلاك ؛ ولو استأجره ليحفر له بئرا بأجر مسمى وسمى طولها وعرضها جاز ؛ وفي القبور يجوز وإن لم يبين ذلك لأنه معلوم عرفا ، فإن وجد باطن الأرض أشد فليس بعذر ، وإن تعذر الحفر فهو عذر ولا يستحق الأجر حتى يفرغ ، لأنه عمل واحد لا ينتفع به قبل التمام . قال (وإذا خربت الدار ، أو انقطع شرب الضيعة أو ماء الرحي ، انفسخ العقد) لفوات المعقود عليه وهي المنفعة قبل القبض لما بينا أنها تحدث شيئا فشيئا ، وصار كموت العبد المستأجر ، وقيل لا ينفسخ لكن له الفسخ . قالوا : وهو الأصح فإنه روى عن محمد نصا : لو انهدم البيت المستأجر فبناه الأجر ليس للمستأجر أن يمتنع ، وذلك لأن أصل المعقود عليه لا يفوت ، لأن الانتفاع بالعرصة ممكن بدون البناء ، إلا أنه ناقص فصار كالعيب فيستحق الفسخ ، ولو وجد بها عيبا يخل بالمنافع كمرض العبد والدابة وندبها وانهدام بعض البناء فله الخيار ، إن شاء استوفى المنفعة مع العيب ، ويلزمه جميع البدل لأنه رضى بالعيب ، وإن شاء فسخ لأنه وجد العيب قبل القبض ، لأن المنفعة توجد شيئا فشيئا فكان له فسخه ، فإن زال العيب أو أزاله المؤجر فلا خيار له (ولو مات أحدهما وقد عقدها لنفسه انفسخت) لما مر أنها تنعقد شيئا فشيئا فلا تبقى بدون العاقد (وإن عقدها لغيره لم تنفسخ) كالوصي والولي وقيم الوقف والوكيل لأنه نائب عنهم فكأنه معبر .

فصل

(وتنفسخ الإجارة بالعدر) والأصل فيه أنه متى تحقق عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه ، وهو لم يرض به يكون عذرا تنفسخ به الإجارة دفعا للضرر .

كَمَنْ اسْتَأْجَرَ حَانُوتًا لِيَتَّجِرَ فَأَفْلَسَ ، أَوْ آجَرَ شَيْئًا ، ثُمَّ لَزِمَهُ دَيْنٌ وَلَا مَالَ لَهُ سِوَاهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلسَّفَرِ فَبَدَأَ لَهُ تَفْسِيخُ الْإِجَارَةِ ، وَإِنْ بَدَأَ لِلْمُكَارَى فَلَيْسَ بِعُذْرٍ .

كتاب الرهن

وهل يشترط للفسخ قضاء القاضي ؟ ذكر في الزيادات إن كان عذرا فيه شبهة كالدين يشترط له القضاء ، وإن كان واضحا لا . وذكر في المبسوط والجامع الصغير أنه ليس بشرط ، وينفرد العاقد به وهو الصحيح ، لأنه في معنى العيب قبل القبض على ما بيناه ، وذلك كمن استأجر إنسانا ليقطع ضرره فسكن وجمعه ، أو ليقطع يده لأكلة فسقطت الآكلة فانه تفسخ الإجارة ، وهذا حجة على من يقول إنها لا تفسخ بالعذر ، و (كمن استأجر حانوتا ليتجر فأفلس ، أو آجر شيئا ثم لزمه دين ولا مال له سواه) فان القاضي يفسخها ويبيعه في الدين ، لأن على تقدير عدم الفسخ يلزمه ضرر لم يلزمه بالعقد ، وهو حبسه على الدين والإجارة على تقدير الإفلاس فيفسخ دفعا للضرر (وكذلك إن استأجر دابة للسفر فبدأ له (١) تفسخ الإجارة) لأنه يلزمه الضرر بالمضي على العقد ، لأنه ربما أراد التجارة فأفلس ، أو لطلب غريم فحضر (وإن بدا للمكاري فليس بعذر) لأنه يمكنه إنفاذ الدواب مع أجيره فلا يتضرر . وعن الكرخي : إن مرض المكاري فهو عذر ، لأنه لا يخلو عن نوع ضرر فيعذر حالة الاضطراب لاحالة الاختيار ، وعلى رب الدار عمارتها وإصلاح ميازيبها وبئر الماء وتنظيف البالوعة المملئة من أفعال المستأجر ، وكل ما يكون مضرا بالسكنى ، فإن لم يفعل فللمستأجر أن يخرج ؛ وإن رأى هذه العيوب وقت الإجارة فلا خيار له لأنه رضى بالعيب ، وعلى المستأجر رمي التراب والرماد المجتمع في الدار من كنسه لأنه ليس من باب السكنى ، كرى نهر رحا الماء على الآجر إلا أن يكون شرطه على المستأجر

كتاب الرهن

وهو في اللغة : مطلق الحبس ، قال الله تعالى - كل نفس بما كسبت رهينة - . وفي الشرع : الحبس بمال مخصوص بصفة مخصوصة ، شرع وثيقة للاستيفاء ليضجر الرهن بحبس عينه فيسارع إلى إيفاء الدين ليفتكها فينتفع بها ويصل المرتهن إلى حقه ؛ ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - فرهان مقبوضة - وأنه أمر بصيغة الإخبار نقلا عن المفسرين ، معناه : وإن كنتم مسافرين ولم تجدوا كاتباً فارتهنوا رهنا

(١) قوله فبدأ له : أي ظهر للمستأجر رأى غير الأول منعه من السفر اهـ مصححه .

وَهُوَ عَقْدٌ وَثِيقَةٌ بِمَالٍ مَضمُونٍ بِنَفْسِهِ يُمكنُ اسْتِيفَاؤُهُ مِنْهُ ، وَلَا يَتِمُّ إِلَّا بِالْقَبْضِ أَوْ بِالتَّخْلِيَةِ ، وَقَبْلَ ذَلِكَ إِنْ شَاءَ سَلَّمَ وَإِنْ شَاءَ لَا ،

مقبوضة وثيقة بأموالكم . والسنة ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام رهن درعه عند أبي الشحم اليهودي بالمدينة » وبعث صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون فأقرهم عليه ، وعليه الإجماع . قال (وهو عقد وثيقة) لا بد فيه من الإيجاب والقبول كسائر العقود . قال (بمال مضمون بنفسه) أى بمثله (يمكن استيفاؤه منه) على ما نبينه إن شاء الله تعالى (ولا يتم إلا بالقبض) قال الله تعالى - فرهان مقبوضة - وصفها بكونها مقبوضة فلا تكون إلا بهذه الصفة ، ولأنه عقد تبرع ، ألا ترى أنه لا يجبر عليه ، فيكون تمامه بالقبض كالهبة (أو بالتخلية) لقيامها مقامه كما فى البيع والهبة (وقبل ذلك إن شاء سلم وإن شاء لا) لما بينا أنه تبرع ، ثم الرهن لا يخلو ، إما إن كان بدين وهو المثل ، أو بعين وهو غير المثل ؛ فان كان بدين جاز على كل حال بأى وجه ثبت ، سواء كان من الأثمان أو من غيرها ؛ وإن كان بعين فالأعيان على وجهين : مضمونة ، وغير مضمونة . فالمضمونة على وجهين : مضمونة بنفسها ، ومضمونة بغيرها ؛ فالمضمون بنفسه : ما يجب عند هلاكه مثله أو قيمته كالمفصوب والمهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ، فيجوز الرهن بها لأنها مضمونة ضمانا صحيحا يمكن استيفاء الدين منه ؛ والمضمون بغيرها كالمبيع فى يد البائع فلا يجوز الرهن بها ، لأنه لا يجب بهلاكه حتى يستوفى من الرهن ، لأنه إذا هلك المبيع يبطل البيع ويسقط الثمن فصار كما ليس بمضمون . والأعيان الغير المضمونة : وهى الأمانات كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة والمستأجر ونحوها لا يجوز الرهن بها ، لأن الرهن مقتضاه الضمان على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وما ليس بمضمون لا يوجد فيه معنى الرهن ، وقوله فى المختصر يمكن استيفاؤها منه احترازا عن هذا ، ولا يجوز بالشفعة ولا بالدرك ولا بدين سيجب ، لأنه وثيقة بمعدوم ، ولا بالقصاص فى النفس وما دونها لعدم التمكن من الاستيفاء ، ويجوز بجناية الخطأ ويكون رهنا بالأرض لأنه يمكن استيفاؤه ، ولا يجوز بالكفالة بالنفس لتعذر الاستيفاء ، ولا بأجرة النأحة والمغنية لأنه غير مضمون ، ويجوز شرط الخيار للراهن لأنه لا يملك الفسخ فيفيد الشرط ، ولا يجوز للمرتهن لأنه يملك الفسخ بغير شرط فلا يفيد ، ولا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه كالحرّ والمدبر وأمّ الولد والمكاتب والميتة والدم لأنه يمكن الاستيفاء منها فلا يحصل التوثق ، وكذا جذع فى سقف وذراع من ثوب وأشباهه لما مرّ ، ولا يجوز للمسلم رهن الحمر والخزير ، ويجوز للذمى ، لأن الرهن والارتهان للوفاء والاستيفاء ، ولا يجوز للمسلم ذلك من الحمر ويجوز للذمى ، ثم الرهن على ثلاثة أضرب : جائز ، وباطل وقد ذكرناهما . وفاسد وهو رهن المبيع ورهن المشاع والمشغول بحق الغير ، أو اشترى عبدا أو خلا ورهن بالثمن رهنا ثم ظهر

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا مَحْزُورًا مَفْرُغًا مُتَمَيِّزًا ، فَإِذَا قَبِضَهُ الْمُرْتَهِنُ دَخَلَ فِي ضَمَانِهِ .

العبد حراً والحلّ خيراً ، أو قتل عبداً فأعطاه بقيمته رهناً ثم ظهر حراً . قال القدوري في شرحه : يهلك بغير شيء ، لأن المبيع غير مضمون بنفسه ، والقبض لم يتم في المشاع والمشغول ، ولم يصح في الحرّ والخمر كما لو رهنه ابتداء . ونصّ محمد في المبسرط والجامع أن المقبوض بحكم رهن فاسد مضمون بالأقلّ من قيمته ومن الدين ، لأن الرهن انعقد لمقابلة المال بالمال حقيقة في البعض ، وفي البعض في ظنهما لكنه فسد لنقصان فيه ، لأنه لا يمكن استيفاؤه من الرهن فيكون مضموناً بالأقلّ منهما ، كالمقبوض في البيع الكاسد مضمون بقيمته فكذا هذا ، إلا أنه يضمن الأقلّ منهما هنا ؛ أما إذا كانت القيمة أقلّ فظاهر ؛ وأما إذا كان الدين أقلّ فلأنه إنما قبضه ليكون مضموناً بالدين ، والمختار قول محمد . قال (ولا يصحّ إلا محزوراً مفرغاً متميزاً) فالمحزور المعلوم الذي يمكن حيازته ، والمفرغ الذي لا يكون مشغولاً بحق الغير ، والمتميز المقسوم الذي قد تميز عن بقية الأنصباء ، لأن قبض الجزء الشائع لا يتصور بانفراده وقبض الكلّ لا يقتضيه العقد ، وكذا كونه مشغولاً بحق الغير يخلّ بقبضه وحبسه ، وكذا المجهول لا يمكن قبضه ، ومقصود الرهن وهو الاستيثاق لا يحصل إلا بالحبس الدائم ، والحبس لا يتصور بدون القبض ، والقبض لا يمكن بدون هذا الأوصاف ، فلا يصحّ الرهن بدونها . قال (فإذا قبضه المرتهن دخل في ضمانه) لما روى « أن رجلاً رهن فرساً له بدين فنفق ، فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن : ذهب حقلك » وقال عليه الصلاة والسلام « إذا عمى الرهن فهو بما فيه » قالوا : معناه - والله أعلم - إذا هلك فاشتبهت قيمته ؛ وقد نقل أصحابنا إجماع الأمة على أنه مضمون على اختلافهم في كيفية الضمان ، ولأنه لما ملك حبسه صار مستوفياً حقه من وجه لأنه الاستيفاء ليتوسل به إلى حقه مخافة الجحود ، وقد تأكد هذا الاستيفاء بالهلاك ، فلو وفاه ثانياً يؤدي إلى الربا ، ولا يمكنه المطالبة بحقه إلا أن ينقض القبض والحبس ويردّه إلى الراهن وأنه عاجز عنه ففات شرط المطالبة فبطلت ؛ ومن ادعى أنه أمانة فقد خالف الإجماع وتعلقه بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يغلق الرهن هو لصاحبه له غنمه وعليه غرمه » لا حجة له فيه لأن معناه لا يصير الرهن للمرتهن بدينه ولا يحبس بحيث لا ينفك ، هذا معناه ، ويشهد له بيت ابن زهير :

وفارقتك برهن لافكاك له يوم الوداع فأضحى الرهن قد غلقا

أي محبوساً لافكاك له ، وكذا كانت عاداتهم في الجاهلية ، فقال عليه الصلاة والسلام ذلك قلعا لهم عن العوائد الجاهلية ، لمسا فيه من تملك مال الغير بغير أمره وقوله « له غنمه وعليه غرمه » أي إذا بيع ففضل من الثمن شيء فهو له ، وإن نقص فعليه أو له غنمه

وَيَهْلِكُ عَلَى مِلْكِ الرَّاهِنِ حَتَّى يُكْفَنَهُ ، وَيَصِيرُ الْمُرْتَهِنُ مُسْتَوْفِيًا مِنْ مَالِيَّتِهِ قَدْرَ دَيْنِهِ حُكْمًا وَالْفَاضِلُ أَمَانَةً ، وَإِنْ كَانَ أَقْلٌ سَقَطَ مِنَ الدَّيْنِ بِقَدْرِهِ ، وَتُعْتَبَرُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ ، فَإِنْ أودَعَهُ أَوْ تَصَرَّفَ فِيهِ بِبَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ إِعَارَةٍ أَوْ رَهْنٍ وَنَحْوِهِ ضَمِنَهُ بِجَمِيعِ قِيَمَتِهِ ، وَنَفَقَةُ الرَّهْنِ وَأُجْرَةُ الرَّاعِي عَلَى الرَّاهِنِ وَنَمَائُوهُ لَهُ ، وَيَصِيرُ رَهْنًا مَعَ الْأَصْلِ ،

لسقوط الدين عنه بهلاكه وعليه غرمه ، وهو قضاء ما بقى من الدين إن لم يف به . وعن علي رضي الله عنه في مثله قال يتراد أن الفضل . قال (ويهلك على ملك الراهن حتى يكفنه) لأنه ملكه حقيقة ، وهو أمانة في يد المرتهن حتى لو اشتراه لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء ، لأنه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإذا كان ملكه فمات كان عليه كفنه . قال (ويصير المرتهن مستوفيا من ماله قدر دينه حكما والفاضل أمانة ، وإن كان أقل سقط من الدين بقدره) لأن المضمون قدر ما يستوفيه من الدين ، فعند زيادة قيمته الزيادة أمانة ، لأنها فاضلة عن الدين وقد قبضها بإذن المالك ، وعند النقصان قد استوفى قيمته فبقى الباقي عليه كما كان . قال (وتعتبر القيمة يوم القبض) لأنه يومئذ دخل في ضمانه وفيه ثبت الاستيفاء يدا ثم يتقرر بالهلاك ، ولو اختلفا في القيمة فالقول للمرتهن لأنه ينكر الزيادة ، والبيئة للراهن لأنه يثبتها . قال (فإن أودعه أو تصرف فيه ببيع أو إجارة أو إعاره أو رهن ونحوه ضمنه بجميع قيمته) وكذا إذا تعدى فيه كاللبس والزكوب والسكنى والاستخدام لأنه متعد في ذلك إذ هو غير مأمور به من جهة المالك والزائد على قدر الدين أمانة ، والأمانات تضمن بالتعدى ، ولا يفسخ عقد الرهن بالتعدى ، ولأنه ما رضى إلا بحفظه والناس يختلفون فيه فكان مخالفا ، بخلاف زوجته وولده وخادمه الذين في عياله ، لأن الإنسان إنما يحفظ ماله غالبا بهؤلاء ، فيكون الرضى بحفظه رضى بحفظهم ، ولأنه لا بد له من ذلك ، لأنه لا يمكنه ملازمة البيت ولا استصحاب الرهن ، فصار الحفظ بهؤلاء معلوما له فلا يضمن ؛ ولبس الخاتم في خنصره تعدى وفي غيرها حفظ ، والتقليد بالسيف والسيفين تعدى للعادة وبالثلث لا ؛ ووضع العمامة والطيلسان على الرأس كما جرت به العادة تعدى ، ووضعهما على العاتق أو الكتف لا ؛ والتعمم بالقميص ليس بتعدى ؛ ووضع الخلخال موضع السوار وبالعكس ليس بتعدى ، ولبسهما موضعهما تعدى . قال (ونفقة الرهن وأجرة الراعي على الراهن) وكذلك كل ما يحتاج إليه لبقاء الرهن ومصلحته ، لأنه باق على ملكه وذلك مئونة الملك ، والرعى من النفقة لأنه علف الحيوان والكسوة والظئر وإصلاح شجر البستان وسقيها ، وجذاذ الثمرة من النفقة . قال (ونمائوه له) لبقائه على ملكه كالولد واللبن والسمن والثمرة (ويصير رهنا مع الأصل) لأن الرهن حق لارم

إِلَّا أَنَّهُ إِنْ هَلَكَ يَهْلِكُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإِنْ بَقِيَ الثَّمَاءُ وَهَلَكَ الْأَصْلُ افْتَكَهُ بِحَصَّتِهِ ، يُقَسَّمُ الدِّينُ عَلَى قِيمَتِهِ يَوْمَ الْفِكَاكِ وَقِيمَةِ الْأَصْلِ يَوْمَ الْقَبْضِ وَتَسْقُطُ حِصَّةُ الْأَصْلِ ، وَتَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي الرَّهْنِ (ز) وَلَا تَجُوزُ فِي الدِّينِ (س) وَلَا يَصِيرُ الرَّهْنُ رَهْنًا بِهِمَا ، وَأُجْرَةُ مَكَانِ الْحِفْظِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهُ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ وَخَادِمِهِ الَّذِي فِي عِيَالِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالرَّهْنِ ،

فيسرى إلى التبع (إلا أنه إن هلك يهلك بغير شيء) لأنه لم يدخل تحت العقد مقصودا فلا يكون له قسط من الدين ، ولأن المرتهن لم يقبضها بجهة الاستيفاء ولا التزم ضمانها فلا يلزمه كولد المبيعة قبل القبض مبيع وليس بمضمون على البائع ، ولا معتبر بنقصان القيمة وزياتها لأن ذلك يختلف باختلاف رغبات الناس ، أما العين فلم تتغير ، والقبض ورد على العين دون القيمة ، وغلة العقار وكسب الرهن ليس برهن لأنه غير متولد منه ولا بدل عنه ككسب المبيع وغلته . قال (وإن بقي الثماء وهلك الأصل افتكه بحصته) لأن الرهن مضمون بالقبض والزيادة مقصودة بالفكاك ، ومتى صار التبع مقصودا قابله شيء من البدل كولد المبيع . قال (يقسم الدين على قيمته يوم الفكاك ، وقيمة الأصل يوم القبض) لما بني (وتسقط حصة الأصل) لما مر . قال (وتجوز الزيادة في الرهن ولا تجوز في الدين ، ولا يصير الرهن رهنا بهما) وقال أبو يوسف : تجوز الزيادة في الدين أيضا ، لأن الدين والرهن كالثن والمبيع فتجوز الزيادة فيهما بجامع دفع الحاجة ، بدليل إقدامهما وصحة تصرفهما . ولنا أن الزيادة في الرهن توجب شيوع الدين ، وذلك غير مانع من صحة الرهن ، والزيادة في الدين توجب شيوع الرهن لأنه لا بد أن يقابله شيء من الرهن وشيوع الرهن مانع من صحته على ما بينا . وقال زفر : لا يجوز فيهما ، أما في الدين فلما قالا ، وأما في الرهن فلأنه جعله رهنا ببعض الدين فلا يجوز كما إذا جعله رهنا بكله ، فانه لو جعله رهنا بكله لا يجوز حتى يرد المرتهن الرهن الأول ، وجوابه أن الزيادة تلحق بأصل العقد كما مر في البيع فيصير كأنه رهنهما من الابتداء . قال (وأجرة مكان الحفظ على المرتهن) لأن الحفظ عليه ليرده إلى الراهن ليس له حقه فيكون عليه بدله أيضا ، وكذلك أجرة الحافظ وجعل الآبق ، لأنه يحتاج إلى إعادة يده ليرده على مالكه فكان من مئونة الرد فيجب عليه ، وإن كانت قيمته أكثر من الدين فعلى الراهن قدر الزيادة لأنها أمانة فتكون يده يد المالك فتكون المئونة على المالك ، وهذا في جعل الآبق ظاهر ، لأنه لأجل الضمان فيتقدّر بقدر المضمون ، أما أجرة البيت فالجميع على المرتهن لأنه بسبب الاحتباس ، والحبس ثابت له في الكل ، والحراج على الراهن لأنه مئونة ملكه . قال (وله أن يحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله) وقد تقدم . قال (وليس له أن ينتفع بالرهن) لأنه غير مأذون له

فَإِنْ أَذِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فَهَلَكَ حَالَةَ الْإِسْتِعْمَالِ هَلَكَ أَمَانَةٌ .
وَيَصِحُّ رَهْنُ الدِّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ ، فَإِنْ رُهِنتَ بِجِنْسِهَا فَهَلَكَتْ سَقَطَ
مِثْلُهَا مِنَ الدِّينِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ
وَالرَّدَاءَةِ ؛ وَيَصِحُّ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلِ الصَّرْفِ ، فَإِنْ هَلَكَ قَبْلَ
الِافْتِرَاقِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ مُسْتَوْفِيًا ، وَإِنْ افْتَرَقَا وَالرَّهْنُ قَائِمٌ
بَطْلًا ؛ وَيَصِحُّ بِالْدينِ الْمَوْعُودِ ، فَإِنْ هَلَكَ هَلَاكَ بِمَا سَمِيَ . وَمَنْ اشْتَرَى
شَيْئًا عَلَى أَنْ يَرَهْنَ بِالْثَمَنِ شَيْئًا بَعِيْنَهُ فَاِمْتَنَعَ لَمْ يُجْبَرْ ، وَالْبَائِعُ إِنْ شَاءَ
تَرَكَ الرَّهْنَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْبَيْعَ . إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ الثَّمَنُ حَالًا ،

فِي ذَلِكَ ، وَإِنَّمَا لَهُ وَلَايَةُ الْحَبْسِ لِأَخِيْر (فَإِنْ أَذِنَ لَهُ الرَّاهِنُ فَهَلَكَ حَالَةَ الْإِسْتِعْمَالِ هَلَكَ
أَمَانَةٌ) لِأَنَّهُ عَارِيَةٌ عَلَى مَا يَأْتِي فِي بَابِهَا ، وَإِنْ هَلَكَ قَبْلَ الْإِسْتِعْمَالِ هَلَكَ مَضْمُونًا لِبَقَاءِ يَدِ
الرَّاهِنِ ، وَكَذَا بَعْدَ الْإِسْتِعْمَالِ لِرُزْوَالِ يَدِ الْعَارِيَةِ وَعُودِ يَدِ الرَّاهِنِ

فصل

(وَيَصِحُّ رَهْنُ الدِّرَاهِمِ وَالْدَنَانِيرِ) لِتَحَقُّقِ الْإِسْتِيفَاءِ مِنْهَا فَكَانَتْ مَحَلًّا لِلرَّهْنِ (فَإِنْ رَهْنَتْ
بِجِنْسِهَا فَهَلَكَتْ سَقَطَ مِثْلُهَا مِنَ الدِّينِ) لِأَنَّ الْإِسْتِيفَاءَ حَصَلَ ، وَلَا فَائِدَةَ فِي تَضْمِينِهِ بِالْمِثْلِ
لَأَنَّهُ مِثْلٌ ثُمَّ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ قِضَاءً . وَكَذَلِكَ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْجَوْدَةِ
وَالرَّدَاءَةِ (لِأَنَّ الشَّرْعَ أَسْقَطَ اعْتِبَارَ الْجَوْدَةِ عِنْدَ الْمُقَابَلَةِ بِالْجِنْسِ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْبَيْعِ . قَالَ
(وَيَصِحُّ بِرَأْسِ مَالِ السَّلَمِ وَبَدَلِ الصَّرْفِ) لِتَحَقُّقِ الْإِسْتِيفَاءِ وَالْمُجَانَسَةِ ثَابِتَةً فِي الْمَسَالِيَةِ فَلَا يَكُونُ
اسْتِبْدَالًا (فَإِنْ هَلَكَ قَبْلَ الْإِفْتِرَاقِ تَمَّ الصَّرْفُ وَالسَّلَمُ وَصَارَ مُسْتَوْفِيًا) لِتَحَقُّقِ الْقَبْضِ حَكْمًا
(وَإِنْ افْتَرَقَا وَالرَّهْنُ قَائِمٌ بَطْلًا) لَوْجُودِ الْإِفْتِرَاقِ لَاعْنِ قَبْضٍ وَأَنَّهُ شَرْطٌ فِيهِمَا عَلَى مَا عُرِفَ .
قَالَ (وَيَصِحُّ بِالْدينِ الْمَوْعُودِ ، فَإِنْ هَلَكَ هَلَكَ بِمَا سَمِيَ) لِأَنَّهُ مُقْبِوْضٌ عَلَى جِهَةِ الرَّهْنِ ،
فَيَكُونُ كَالْمُقْبِوْضِ عَلَى سُومِ الشَّرَاءِ . وَصُورَتُهُ أَنْ يَرَهْنَهُ شَيْئًا عَلَى أَنْ يَقْرَضَهُ دَرَاهِمًا فِيهِلِكَ
قَبْلَ الْقَرْضِ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهُ دَرَاهِمًا ، وَلَوْ قَالَ عَلَى أَنْ يَقْرَضَهُ شَيْئًا وَلَمْ يَسْمَ فَهَلَكَ أَعْطَاهُ
مَا شَاءَ وَالْبَيَانُ إِلَيْهِ ، لِأَنَّ بِالْهَلَاكِ صَارَ مُسْتَوْفِيًا شَيْئًا فَيَصِيرُ كَأَنَّهُ قَالَ عِنْدَ الْهَلَاكِ : وَجِبَ
لِفُلَانٍ عَلَى شَيْءٍ ، وَلَوْ قَالَ بِدِرَاهِمٍ يَلْزِمُهُ ثَلَاثَةٌ لِأَنَّهُ أَقْلُ الْجَمْعِ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ لَوْ
قَالَ أَقْرَضْنِي وَخَذْ هَذَا الرَّهْنَ ، وَلَمْ يَسْمَ فَأَخْذُهُ وَضَاعٌ وَلَمْ يَقْرَضْهُ قَالَ : عَلَيْهِ قِيَمَةُ
الرَّهْنِ . قَالَ (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا عَلَى أَنْ يَرَهْنَ بِالْثَمَنِ شَيْئًا بَعِيْنَهُ فَاِمْتَنَعَ لَمْ يُجْبَرْ) لِمَا بَيْنَا
أَنَّهُ عَقْدُ تَبَرُّعٍ (وَالْبَائِعُ إِنْ شَاءَ تَرَكَ الرَّهْنَ ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ الْبَيْعَ) لِأَنَّهُ وَصَفَ
مَرْغُوبَ فِيهِ ، وَقَدْ فَاتَهُ فَيُتَخَيَّرُ . قَالَ (إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ الثَّمَنُ حَالًا) لِحَصُولِ الْمَقْصُودِ

أَوْ يُعْطِيَهُ رَهْنًا مِثْلَ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ رَهْنَ عَبْدَيْنِ بَدَيْنِ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ حَتَّى يَقْضِيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ ، وَإِنْ رَهْنًا عَيْنًا عِنْدَ رَجُلَيْنِ جَازَ ، وَالْمُضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةُ دَيْنِهِ ، فَإِنْ أَوْفَى أَحَدُهُمَا فَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ الْآخَرِ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ مَطَالَبَةُ الرَّاهِنِ وَحَبْسُهُ بِدَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ ، وَلَيْسَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ .

(أَوْ يُعْطِيَهُ رَهْنًا مِثْلَ الْأَوَّلِ) لحصول المعنى ، وهو الاستيثاق بمثله في القيمة ، والقياس أن لا يجوز هذا البيع لأنه صفقة في صفقة ، وهو منهي عنه ، ولأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحدهما ، وأنه يفسد البيع لما مر . ووجه الاستحسان أنه شرط يلائم العقد ، لأن الرهن للاستيثاق ، وهو ملائم للوجوب فلا يفسده . قال (وَإِنْ رَهْنُ عَبْدَيْنِ بَدَيْنِ فَقَضَى حِصَّةَ أَحَدِهِمَا فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ حَتَّى يَقْضِيَ بَاقِيَ الدَّيْنِ) لأنه ثبت له حق الحبس في الكل للاستيثاق بالدين وبكل جزء منه ليكون أدعى إلى قضاء الدين ، فصار كالمبيع في يد البائع ، وكذلك إن سمي لكل واحد منهما شيئا من الدين في رواية الأصل . وذكر في الزيادات : له قبضه إذا أدى ما سمي له ، وهو قول محمد لأنه محبوس بالقدر الذي سماه له ، ولهذا لو هلك هلك به . ووجه الأول أن الصفقة واحدة ، وإن عين لكل واحد منهما شيئا ، ولهذا لو قبل العقد في البعض دون البعض لا يجوز كما في البيع . قال (وَإِنْ رَهْنُ عَيْنًا عِنْدَ رَجُلَيْنِ جَازَ) لأنه أضاف الرهن إلى جميعها صفقة واحدة ، فيكون محتبسا بما رهنها به وهو مما لا يقبل التجزئ فيكون محبوسا بكل واحد منهما ، فان تهايا فكل واحد منهما في حق صاحبه كالعديل . قال (وَالْمُضْمُونُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حِصَّةُ دَيْنِهِ) لأنه يصير مستوفيا حصته بالهلاك (فَإِنْ أَوْفَى أَحَدُهُمَا فَجَمِيعُهَا رَهْنٌ عِنْدَ الْآخَرِ) لأن جميعها رهن عند كل واحد منهما من غير تفريق لما بينا وصار كحبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته . قال (وَلِلْمُرْتَهِنِ مَطَالَبَةُ الرَّاهِنِ وَحَبْسُهُ بِدَيْنِهِ وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي يَدِهِ) لبقاء حقه في الدين والرهن للاستيثاق فلا يمنع المطالبة ، فإذا طالبه ومطله فقد ظلمه ، فيحبسه القاضي جزاء على الظلم (وَلَيْسَ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنْ يُمَكِّنَهُ مِنْ بَيْعِهِ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ) لأن حقه ثابت في الحبس حتى يستوفي دينه فلا يجب عليه إبطاله بالبيع ، إلا أنه يؤمر باحضاره لما بينا أن قبضه قبض استيفاء ، فلو قبض دينه مع ذلك يتكرر الاستيفاء على تقدير محتمل ، وهو الهلاك في يده ، وإذا أحضره قيل للراهن سلم الدين أولا ليتعين وهو نظير بيع السلعة بالثمن .

فصل

فاذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه ، وإن أعتق العبد الرهن نفذ عتقه ، فيطالب بأداء الدين إن كان حالا ، وإن كان مؤجلا رهن قيمة العبد ، وإن كان معسرا سعى العبد في الأقل من قيمته والدين ،

فصل

(فاذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه) لتعلق حقه بحبسه على ما بينا فيتوقف إبطاله على رضاه أو زوال حقه ، فاذا أجاز فقد رضى بزوال حقه في الحبس ، وإذا قضى دينه فقد زال حقه في الحبس فعمل المقتضى عمله ، وهو صدور الركن من الأهل مضافا إلى المحل ، ثم إذا أجاز البيع ونفذ انتقل حقه إلى بدله ، لأن له حكم المبدل كالعبد المديون إذا بيع برضا الغرماء انتقل حقهم إلى بدله ، والفقهاء فيه إنما رضى بالانتقال دون السقوط ، وإن لم يجز البيع قيل يفسخ كعقد الفصولى حتى لو استفكه الراهن لاسيلا للمشتري عليه ، وقيل لا يفسخ . قالوا : وهو الأصح لأن التوقف إنما كان صيانة لحق المرتهن عن البطلان وحقه في الحبس ، وذلك لا يمنع الانعقاد فيبقى موقوفا إن شاء المشتري صبر حتى يستفكه الراهن ، وإن شاء فسخ القاضى لعجزه عن التسليم وصار كإباق العبد بعد البيع قبل القبض ، فإن المشتري يتخير كما ذكرنا . قال (وإن أعتق العبد الرهن نفذ عتقه) لصدور ركن الإعتاق من الأهل مضافا إلى المحل ، ولا خفاء فيهما عن ولاية وهى ملك الرقبة ، فيعتق كما إذا أعتق المشتري قبل القبض والابق والمغصوب . وإذا زال ملكه عن الرقبة بالإعتاق زال ملك المرتهن في اليد بناء عليه كالعبد المشترك وشم يزول ملك الرقبة فلأن يزول هنا ملك اليد أولى ، بخلاف البيع والهبة فانه إنما يوقف لعدم القدرة على التسليم ، ولأن في نفاذ العتق تحصيل منفعة العبد والمولى وهو ظاهر من غير فوات مصلحة المرتهن لأنه يجب له إما سعاية العبد ، أو رهنية قيمته ، أو أداء الدين حالا ، ولو لم ينفذ العتق بطلت مصلحة المعتق والمعتق لا إلى جابر ، فكان نفاذه أتم مصلحة وأعم فائدة فكان أولى ، وإذا نفذ العتق بطل الرهن لفوات محله (فيطالب بأداء الدين إن كان حالا) إذ هو الواجب في الديون الحالة ، ولا فائدة في طلب القيمة فانه متى قبضها والدين حال وقعت المقاصة (وإن كان مؤجلا رهن قيمة العبد) لقيامها مقام العبد ، فاذا حل الدين وهو من جنس حقه اقتصر منه بقدره ورد الفضل (وإن كان معسرا سعى العبد في الأقل من قيمته والدين)

وَيَرْجِعُ عَلَى الْمَوْلَى إِذَا أَيْسَرَ ، وَإِنْ اسْتَهْلَكَهُ أَجْنَبِيٌّ فَالْمُرْتَهَنُ يَضْمَنُهُ قِيمَتَهُ يَوْمَ هَلَكَ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ (ف) بِالرَّهْنِ ، فَإِنْ أَعَارَهُ الْمُرْتَهَنُ فَقَبَضَهُ الرَّاهِنُ خَرَجَ مِنْ ضَمَانِهِ ، فَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الرَّاهِنِ هَلَكَ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَإِنْ وَضَعَاهُ عَلَى يَدِ عَدْلٍ جَازَ ، وَإِنْ شَرَطَا ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ فَلَيْسَ بِأَحَدٍ هُمَا أَخْذُهُ ، وَيَهْلِكُ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهَنِ ،

لأنه تعذر أخذ الحق من جهة المعتق ، فيؤخذ ممن حصلت له فائدة العتق وهو العبد ، لأن الخراج بالضمان ، ويسعى في الأقل منهما ، لأن الدين إن كان أقل فالحاجة تندفع به ، وإن كانت القيمة أقل فهو إنما حصل له هذا القدر فلا تجب عليه الزيادة (ويرجع على المولى إذا أيسر) لأنه اضطر إلى قضاء دينه بحكم الشرع فيرجع عليه ، خلاف المستسعى ، لأنه يسعى لتحصيل العتق عند أبي حنيفة ، ولتكميله عندهما ، وههنا تم عتقه ، وإنما يسعى في ضمان على غيره فيرجع كعمير الرهن ؛ ولو دبر الراهن الرهن أو كانت أمة فاستولدها صح ؛ أما التدبير فلما مر ، وأما الاستيلاد فلأن حقه أقوى من حق الأب في جارية الابن وقد صح ثم فهنا أولى ، وحق المرتهن مجبور بالسعاية أو التضمين ، فإن كان المولى موسرا فحكمه ما مر في العتق ، وإن كان معسرا سعيا في جميع الدين ، لأن كسبهما للمولى ولهذا لا يرجعان عليه ، وإذا استهلك الراهن الرهن فهو كالعتق . قال (وإن استهلكه أجنبى فالمرتهن يضمنه قيمته يوم هلك) فيكون رهنا مكانه لأن حقه ثابت في حبس العين ، فكذا في بدله ، فإن كانت قيمته يوم القبض ألفا وضمنه خمسمائة سقط من الدين خمسمائة كأنها هلكت بآفة سماوية . قال (وليس له أن ينتفع بالرهن) لما فيه من تفويت حق المرتهن وهو الحبس الدائم الذى يقتضيه العقد كما بينا . قال (فإن أعاره المرتهن فقبضه الراهن خرج من ضمانه ، ولو هلك في يد الراهن هلك بغير شيء) لزوال الحبس المضمون ووصوله إلى يد الراهن ، وله أن يسترجه لبقاء عقد الزاين ؛ ولهذا لو مات الراهن قبل رده فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء ، وإذا أخذه عاد الضمان بعود القبض في عقد الرهن فتعود صفته . قال (وإن وضعاه على يد عدل جاز) لأنه نائب عن الراهن في الحفظ وعن المرتهن في الحبس ، ويجوز أن تكون اليد الواحدة في حكم يدين وشخص واحد بمنزلة شخصين ، كمن عجل الزكاة كان الساعى كالمالك حتى لو هلك النصاب قبل الحول أخذه من يده ، وفي منزلة الفقير حتى لو هلك في يده سقطت كما لو دفعها إلى الفقير (وإن شرطنا ذلك في العقد فليس لأحدهما أخذه) لتعلق حقهما به الراهن في الحفظ والمرتهن في الاستيفاء ، ولا يملك أحدهما إبطال حق الآخر . قال (ويهلك من ضمان المرتهن) . لأن يده يد المرتهن وهى مضمونة في حق

وَيَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ الْمُرْتَهِنَ وَغَيْرَهُ عَلَى بَيْعِ الرَّهْنِ ، فَإِنْ شَرَطَهَا فِي عَقْدِ الرَّهْنِ لَمْ يَنْعَزِلْ بِمَوْتِ الرَّاهِنِ وَلَا بِعِزَالِهِ ؛ وَإِذَا مَاتَ الرَّاهِنُ بَاعَ وَصِيُّهُ الرَّهْنِ وَقَضَى الدَّيْنَ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَصِيٌّ نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَفْعَلُ ذَلِكَ ؛ وَمَنْ اسْتَعَارَ شَيْئًا لِيَرَهْنَهُ جَازَ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ مَا يَرَهْنُهُ بِهِ ، فَإِنْ عَيْنَ مَا يَرَهْنُهُ بِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزِيدَ عَلَيْهِ وَلَا يَنْقُصَ .

المالية ، ولو دفعه إلى أحدهما ضمن لأنه مودع الراهن في العين ، والمرتهن في المالية وكل واحد منهما أجنبي عن الآخر فيضمن كالمودع إذا دفعه إلى أجنبي ، والعدل يبيع ولد المرهونة ويجبر على البيع عند طلب المرتهن ، ولا ينزل بعزل الموكل وموته ، ويملك مصارفة الثمن إذا خالف جنس الدين ، والوكيل المفرد لا يملك شيئا من ذلك . قال (ويجوز أن يوكل المرتهن وغيره على بيع الرهن) لأنه أهل للتوكيل وقد وكل ببيع ماله (فإن شرطها في عقد الرهن لم ينزل بموت الراهن ولا بعزله) لأن الوكالة صارت وصفا للرهن بالشرط فتبقى ببقاء أصله وقد تعلق به حق المرتهن ، وليس للراهن إبطاله ولا للورثة لتقدم حقه على حقهم وبقاء الرهن بعد موته ، ولو شرط البيع بعد الرهن ، قال الكرخي ينزل بالعزل والموت لعدم اشتراطه في العقد . وعن أبي يوسف أنه لا ينزل ، واختارده بعض المشايخ . قال (وإذا مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لأن الدين حل بموته والوصي قائم مقامه ، ولو كان الراهن حيا كان له بيعه لإيفاء الدين بأمر المرتهن فكذا هذا . (فإن لم يكن له وصي نصب القاضي من يفعل ذلك) لأنه نصب لصالح المسلمين والنظر لهم عند عجزهم والنظر فيما ذكرنا ، لأنه يحتاج إلى قضاء ما عليه من الديون الحائلة بينه وبين الجنة . قال (ومن استعار شيئا ليرهنه جاز ، وإن لم يسم ما يرهنه به) لأن الإطلاق في العارية معتبر لأنه لا يفضى إلى المنازعة ، وله أن يرهنه بأي قدر شاء وأى نوع شاء ممن شاء عملا بالإطلاق (فإن عين ما يرهنه به ، فليس له أن يزيد عليه ولا ينقص) أما الزيادة فلا لأنه ربما احتاج المعير إلى فكك الرهن فيؤدي قدر الدين وما رضى بأداء القدر الزائد على ما عينه ، أو لأنه يتعسر عليه ذلك فيتضرر به ؛ وأما النقصان فلأن الزائد على قدر الدين يكون أمانة وما رضى إلا أن يكون مضمونا كله ، فكان التعيين مفيدا فيتقيد به ، وإن رهنه بجنس آخر ضمن لأنه لم يرض به ؛ وكذا لو عين رجلا فرهن عند غيره لتفاوت الناس في الحفظ والملاءة والقضاء ؛ وكذلك لو قيده ببلدة فرهنه بأخرى ضمن ، والمعير إن شاء ضمن الراهن لتعديته حيث خالف ، وإن شاء المرتهن لأنه قبض ماله بغير أمره ، فإن ضمن الراهن ملك الرهن فصار كأنه رهن ملكه فتترتب عليه أحكامه وإن ضمن المرتهن رجع بدينه وبما ضمن على الراهن لأنه بسببه وغروره ، ولو رهنه بما

كتاب القسمة

عين فهلك في يد المرتهن صار مستوفيا دينه لما تقدم ، وعلى الراهن للمعير مثله ، لأنه صار قاضيا دينه فيرجع بمثله : ولو دخله عيب نقص من الدين بحسابه ويضمنه لرب العارية ؛ ولو كانت قيمته أقل من الدين ضمن الراهن للمعير قيمته ، لأنه صار قاضيا من دينه بقدرها ؛ ولو هلك عند المستعير قبل الرهن أو بعد الفكك لا يضمن ، لأنه قبضه باذن المالك ولم يقض دينه منه ؛ وإذا أعطى المعير الدين ليأخذ الرهن أجبر المرتهن على دفعه إليه ، ورجع بذلك على الراهن لأنه غير متبرع في ذلك لحاجته إلى خلاص ملكه ولو اختلفا في مقدار ما أمره به فالقول للمعير ، لأنه منه يستفاد ، ألا يرى أن له إنكار الأصل فكذا الوصف .

فصل

جناية الراهن على الرهن مضمونة ، لأنه كالأجنبي في المأية حيث تعلق بها حق الغير حبسا واستيفاء ، وجناية المرتهن يسقط من الدين بقدرها ، لأنه لو نقص لا بفعله يسقط فبفعله أولى ، وجناية الرهن على الراهن وماله هدر ؛ والمراد جناية توجب المال لأنها جناية المملوك على مالكة ، وكذلك جنايته على المرتهن ، لأنها لو اعتبرت كان عليه تطهيره منها لحدوثها في ضمانه ، ولا يجب له الضمان ، وعليه الخلاص لعدم الفائدة . وقال أبو يوسف ومحمد : هي معتبرة لأنها على غير المالك ، وفي اعتبارها فائدة وهي دفعه إلى الجناية ، ويبطل الرهن ، وإن لم يطلب المرتهن الجناية بقي رهنا على حاله ، وإن جنى على ماله وقيمه والدين سواء لا يعتبر بالإجماع لعدم الفائدة ، وإن كانت القيمة أكثر فكذا عند أبي حنيفة ، وعنه أنه يعتبر بقدر الأمانة لجناية الوديعة على المستودع .

كتاب القسمة

وهي في الأصل : رفع الشيوع وقطع الشركة ، قال الله تعالى - ونبيهم أن المأء قسمة بينهم - أي غير شائع ولا مشترك ، بل لهم يوم وللناقة يوم ؛ ومعنى قسمة رسول الله صلى الله عليه وسلم الغنائم أنه أفرزها وقطع الشركة فيها ، وهذا المعنى مرعى في التبرع ، إلا أنه تارة يقع إفرزا وتمييزا للأنصباء ، وتارة مبادلة ومعاوضة على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، وهي مشروعة بالكتاب وهو قوله تعالى - واعلموا أنما غنمتم من شيء - الآية ، بين الأنصباء وهو معنى القسمة . والسنة وهو أنه عليه الصلاة والسلام قسم الغنائم والمواريث ، وقسم خير بين أصحابه ، وعلى رضي الله عنه نصّب عبد الله بن بجي ليقسم الدور والأرضين ويأخذ عليه الأجر ، وعليه إجماع المسلمين ، ولأن المشترك قد لا يمكنهما الانتفاع به ؛

مَعْنَى الْإِفْرَازِ فِيهَا لَا يَتَّفِقُونَ أَظْهَرَ كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ ، وَمَعْنَى الْمُبَادَلَةِ فِيهَا يَتَّفِقُونَ أَظْهَرَ كَالْحَيَوَانِ وَالْعَقَارِ ، إِلَّا أَنَّهُ يُجْبَرُ الْمُتَمَتِّعُ مِنْهُمَا عَلَى الْقِسْمَةِ إِذَا اتَّحَدَ الْجِنْسُ ، وَلَا يُجْبَرُ عِنْدَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ ، وَلَوْ اقْتَسَمُوا بِأَنْفُسِهِمْ جَازَ ، وَيَقْسِمُ عَلَى الصَّبِيِّ وَصِيَّهُ أَوْ وَلِيِّهِ ، وَيَتَّبَعِي الْقَاضِي أَنْ يَنْصِبَ قَاسِمًا عَدْلًا مَأْمُونًا عَالِمًا بِالْقِسْمَةِ يَرْزُقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ يُقَدِّرُ لَهُ أَجْرًا يَأْخُذُهُ مِنَ الْمُتَقَاسِمِينَ ، وَهُوَ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ (سم) ،

فمست الحاجة إلى القسمة ليصل كل واحد إلى المنفعة بملكه ، أو لأنه لا يمكنه الانتفاع إلا بالتهايؤ فيبطل عليه الانتفاع في بعض الأزمان ، فكانت القسمة متممة للمنفعة ، وقد ذكرنا أن القسمة تكون إفرزا وتكون مبادلة فنقول (معنى الإفراز فيما لا يتفاوت أظهر كالمكيل والموزون) وسائر المثليات حتى كان لكل واحد أن يأخذ نصيبه بغير رضى صاحبه ومع غيبته ، ويبيعه مراححة وتولية على نصف الثمن ، ولا يخلو عن معنى المبادلة أيضا ، لأن ما حصل له كان له بعضه وبعضه لشريكه ، إلا أنه جعل وصول مثل حقه إليه كوصول عين حقه لعدم التفاوت (ومعنى المبادلة أظهر فيما يتفاوت كالحیوان والعقار) وكل ما ليس بمثل حتى لا يكون لأحدهما أخذ نصيبه مع غيبة الآخر ، ولو اقتسما فليس له بيعه مراححة ، لأن ما أخذ ليس بمثل لما ترك على صاحبه (إلا أنه يجبر الممتنع منهما على القسمة إذا اتحد الجنس) كالإبل والبقر والغنم تنمي للمنفعة وتكميلا لثمره الملك ، فان الطالب يسأل القاضي أن يخصه بنصيبه ويمنع غيره من الانتفاع به فيجيبه القاضي إلى ذلك ، لأنه نصب للمصالح ودفع المظالم ، والإجبار على المبادلة جائز إذا تعلق بها حق الغير كالمشتري مع الشفيع والمديون يجبر على بيع ملكه لإيفاء الدين (ولا يجبر عند اختلاف الجنس) كالحیوان مع العقار ، أو البقر مع الحیل ونحو ذلك ، لتعذر المعادلة فيه للتفاوت الفاحش بينهما في المقصود ، وكذلك الثياب إذا اختلفت أجناسها ، والثوبان إذا اختلفت قيمتهما (ولو اقتسما بأنفسهم جاز) لأنه بيع ولهما ذلك . قال (ويقسم على الصبي وصيه أو وليه) كالبيع وسائر التصرفات ، فإن لم يكن نصب له القاضي من يقسم . قال (وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما عدلا مأمونا عالما بالقسمة) لأنه لا قدرة له على العمل إلا بالعلم به ، ولا اعتماد على قوله إلا بالعدالة ، ولا وثوق إلى فعله إلا بالأمانة ، ولأنه يحكم عليهم بفعله فأشبهه القاضي ، فينبغي أن يكون بهذه الصفات . قال (يرزقه من بيت المال) لأن فعله يقطع المنازعة كالقضاء ، فينبغي أن يكون رزقه من بيت المال كالقاضي ، ولأنه أنى للهمة فكان أفضل ، ولأنه أرفق بالعامّة . قال (أو يقدر له أجرا يأخذه من المتقاسمين) لأنه يعمل لهم وإنما يقدره لئلا يطلب زيادة ويشتط عليهم في الأجر . قال (وهو على عدد رؤوسهم)

وَلَا يُجْبَرُ النَّاسُ عَلَى قَاسِمٍ وَاحِدٍ ، وَلَا يَتْرُكُ الْقُسَامَ يَشْتَرِكُونَ . جَمَاعَةٌ
فِي أَيْدِيهِمْ عَقَارٌ طَلَبُوا مِنْ الْقَاضِي قِسْمَتَهُ ، وَادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ لَمْ يَقْسِمَهُ
حَتَّى يَقِيمُوا الْبَيِّنَةَ (ف) عَلَى (سَم) الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَّةِ ، فَإِنْ حَضَرَ وَارِثَانِ
فَأَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَّةِ وَمَعَهُمَا وَارِثٌ غَائِبٌ قَسَمَهُ بَيْنَهُمَا إِلَّا أَنْ

وقالا: على الأنصباء لأنها ماثونة الملك فيتقدر بقدره ، فصار كحافر بئر مشتركة ونفقة
المملوك المشترك . ولأبي حنيفة أنه جزاء عمله وهو التمييز والإفراز ، ويستوى فيه القليل
والكثير . بيانه أنه لا يأخذ الأجر على المساحة والمشى على الحدود ، حتى لو استعان في ذلك
بأرباب الملك فله الأجر إذا قسم وميز ، وربما يكثر عمله في القليل لأن الحساب إنما يدق
ويصعب عند تفاوت الأنصباء لا عند استوائهما ، بخلاف حفر البئر فإن الأجرة مقابلة
بالعمل وهو نقل التراب ، ونفقة المملوك لإبقاء الملك وحاجة صاحب الكثير أكثر ،
وبخلاف الكيل والوزن لأنه أجر عمله ، ولهذا لو استعان في ذلك بأرباب الملك لا أجر
له ، وكيل الكثير أكثر من كيل القليل قطعا . وروى عن أبي حنيفة أن الأجر على الطالب
لأنه هو المنتفع به دون الممتنع لتضرره به . قال (ولا يجبر الناس على قاسم واحد) معناه
إذا لم يقدر أجره لأنه يتعدى أجر مثله ويتحكم في طلب الزيادة وأنه ضرر . قال (ولا
يترك القسام يشتركون) لأن عند الاشتراك لا يخافون الفوت فيتغالون في الأجر ، وعند
عدم الاشتراك يخاف الفوت بسبق غيره فيبادر إلى العمل فيرخص الأجر . قال (جماعة
في أيديهم عقار طلبوا من القاضي قسمته ، وادَّعَوْا أَنَّهُ مِيرَاثٌ لَمْ يَقْسِمَهُ حَتَّى يَقِيمُوا
الْبَيِّنَةَ عَلَى الْوَفَاةِ وَعَدَدِ الْوَرَّةِ) وقالا : يقسمه باعترافهم ، ويذكر في كتاب القسمة أنه قسمه
بقولهم ، ولا يحتاج إلى بيينة لأن اليد دليل الملك ، والظاهر صدقهم ولا منازع لهم كما
في غير العقار ، وكما إذا ادَّعَوْا فِي الْعَقَارِ الشَّرَاءَ أَوْ مَطْلَقَ الْمَلِكِ ، فَإِنَّهُ يَقْسِمُهُ فِي هَذِهِ الصُّورِ
بِالْإِجْمَاعِ ، وَكَذَا لَوْ كَانَ فِي الْوَرَّةِ كَبِيرٌ غَائِبٌ أَوْ صَغِيرٌ وَالْدارُ فِي أَيْدِي الْكِبَارِ الْحُضُورِ
يَقْسِمُهَا بِقَوْلِهِمْ ، وَيَعْزَلُ نَصِيبُ الصَّغِيرِ وَالْغَائِبِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ أَوْ
الصَّبِيِّ ، فَلَا بَدْءَ مِنْ حُضُورِهِمَا لِثَلَا يَكُونُ قَضَاءٌ عَلَى الْغَائِبِ وَالصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا يَذْكُرُ أَنَّهُ
قَسَمَهَا بِقَوْلِهِمْ لِثَلَا يَتَعَدَّاهُمُ الْحُكْمُ . ولأبي حنيفة أن التركة قبل القسمة مبقاة على
حكم ملك الميت ، لأن الزوائد المتولدة منها تحدث على ملكه حتى يقضى منه ديونه وتنفذ
وصاياه ، فلا يجوز للقاضي قطع حكم ملكه إلا ببيينة ، بخلاف المنقول لأنه يحتاج إلى
الحفظ ، فكانت قسمته للحفظ والعقار محفوظ بنفسه ، وبخلاف المشتري لأن ملك البائع
انقطع عن المبيع فلم تكن القسمة قضاء على الغير ، وكذا إذا أطلقوا الملك لأنهم ما اعترفوا
به لغيرهم . وفي الجامع الصغير شرط إقامة البيينة عند الإطلاق ، لأن قسمة الحفظ
لا يحتاج إليها في العقار ، وقسمة الملك تفتقر إلى ثبوته فاحتاج إلى البيينة . قال (فإن حضر
وارثان فأقاما البيينة على الوفاة وعدد الورثة ومعهما وارث غائب قسمه بينهم إلا أن

يَكُونُ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ ، وَفِي الشَّرَاءِ لَا يَقْسِمُهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ حَضَرَ وَارِثٌ وَاحِدٌ لَمْ يَقْسِمْ وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ .

وَإِذَا طَلَبَ أَحَدُ الشَّرَكَاءِ الْقِسْمَةَ وَكُلُّ مِنْهُمْ يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ قَسَمَ بَيْنَهُمْ ، وَإِنْ كَانُوا يَسْتَضِرُّونَ لَا يَقْسِمُ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَنْتَفِعُ بِنَصِيبِهِ وَالْآخَرُ يَسْتَضِرُّ قَسَمَ بِطَلَبِ الْمُنْتَفِعِ ، وَلَا يُقْسَمُ الْجَوْهَرُ وَالرَّقِيقُ (فسم) وَالْحَمَامُ وَالْحَائِطُ وَالْبِئْرُ بَيْنَ دَارَيْنِ وَالرَّحَى إِلَّا بِتَرَاضِهِمْ ،

يَكُونُ الْعَقَارُ فِي يَدِ الْغَائِبِ (لما مر) (وفي الشراء لا يقسمه إلا بحضرة الجميع) والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى ينتقل إليه خيار العيب والتعيين فيما اشتراه المورث أو باعه فيكون أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه ، وفي الشراء ملك مبتدأ حتى ليس له الرد بالعيب على بائع بائعه ، ولا يصلح الحاضر خصما عن الغائب فافترقا . قال (وإن حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة) لأن الواحد لا يكون خصما ومقاسما من جهتين ولا بد من حضور خصمين .

فصل

(وإذا طلب أحد الشركاء القسمة وكلّ منهم ينتفع بنصيبه قسم بينهم) لما بينا (وإن كانوا يستضرون لا يقسم) اعلم أن القسمة على ضربين : قسمة يتولاها الشركاء بأنفسهم فتجوز وإن كان فيها ضرر ، لأن الحق لهم والإنسان مخير في استيفاء حقه وإبطاله ما لم يتعلق به حق الغير ، وقسمة يتولاها الحاكم أو أمينه فتجوز فيما فيه مصلحة لا فيما فيه ضرر عليهم ولا فيما لا فائدة فيه كالحائط والبئر ، لأن القاضي نصب لإقامة المصالح ودفع المضار ، فلا يجوز له فعل الضرر والاشتغال بما لا يفيد من قبيل الهزل ، ومنصبه منزّه عن ذلك ، ولأن مالا فائدة فيه ليس في حكم الملك ، فليس على القاضي أن يجيبه إليه ، فان طلبا القسمة من القاضي في رواية لا يقسم لما بينا ، وفي رواية يقسم لاحتمال أن يكون لهما منفعة لا تظهر لنا فانما يحكم بالظاهر (وإن كان أحدهما ينتفع بنصيبه والآخر يستضر قسم بطلب المنتفع) لأنه ينفعه فاعتبر بطلبه ، وإن طلب الآخر ذكر الكرخي أنه لا يقسم لأنه متعنت لا متظلم . وذكر الحاكم في مختصره أنه يقسم أيهما طلب وهو الأصح ، لأن الامتناع إنما كان للضرر ولا اعتبار للضرر مع الرضى كما إذا اقتسما بأنفسهما . قال (ولا يقسم الجوهر والرقيق والحمام والحائط والبئر بين دارين والرحى إلا بتراضيهما) وكذا كل ما في قسمته ضرر كالبيت الصغير والباب والخشبة والقميص ، وقد تقدّم ما فيه من التفصيل والروايات والتعليل ، ولأنه لا بد في القسمة من التعديل ولا يمكن في البعض كالجوهر والرقيق

وَيُقْسَمُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الدُّورِ وَالْأَرَاضِي وَالْحَيَوَانِيَّتِ وَحَدَّةٌ ، وَتُقْسَمُ الْبُيُوتُ قِسْمَةً وَاحِدَةً ،

لتفاوتهما ، وقالوا : يقسم الرقيق لأنه جنس واحد كغيره من الحيوان وكرقيق المغنم . ولأبي حنيفة أنهم بمنزلة أجناس مختلفة لتفاوتهم في المعاني الباطنة المطلوبة من الذكاء والعقل والهداية إلى تعليم الحرف تفاوتاً فاحشاً ، وغيرهم من الحيوان يقلّ التفاوت بينهما عند اتحاد الجنس ، ألا ترى أن الذكر والأنثى جنس واحد في سائر الحيوانات ، وهما جنسان في بني آدم ؟ ولأن المقصود من غيرهم من الحيوانات وما بينهما من التفاوت يعرف بالظاهر والجسّ والركوب والاختبار في يوم واحد بل في ساعة واحدة ، ولا كذلك بنو آدم ؛ وأما رقيق المغنم فإن حقّ الغانمين في المسالية ، ولهذا جاز للإمام بيعها وقسمة ثمنها ، وهنا الحقّ تعلق بالعين والمال فافترقا . قال (ويقسم كل واحد من الدور والأراضي والخوانيت وحده) لأنها أجناس مختلفة نظراً إلى اختلاف المقاصد ، وإن كانت دور مشتركة في مصر واحد أو أرض متفرقة قسم كل دار وأرض على حدتها عند أبي حنيفة وقالوا : يقسم بعضها في بعض إن كان أصلح لأنها جنس واحد صورة ومعنى نظراً إلى المقصود وهو أصل السكنى والزرع ، وهي أجناس معنى نظراً إلى وجوه السكنى واختلاف الزرع ، فكان مفوضاً إلى نظر القاضي يعمل ما يترجح عنده . وله أنه لا يمكن التعديل فيها لكونها مختلفة باختلاف البلدان والحوار والقرب من المسجد والماء والشرب وصلاحيتها للزراعة اختلافاً بينا ، ولو كانت داران في مصر قسم كل واحدة وحدها بالإجماع . وعن محمد لو كانت إحداها بالركة والأخرى بالبصرة قسمت إحداها في الأخرى . قال (وتقسم البيوت قسمة واحدة) أما إذا كانت في دار واحدة فلأن قسمة كل بيت بانفراده ضرر ، وإن كانت في محلة أو محالّ فالتفاوت بينهما يسير لأنه لا تفاوت في السكنى ، والمنازل إن كانت في دار واحدة متلازمة كالبيوت وإن كانت متفرقة تقسم كالدور سواء كانت في دار أو محالّ لأنها تتفاوت في السكنى ، لكن دون الدور فكان لها شبه بكل واحد منهما ، فإذا كانت ملتزمة ألحقناها بالبيوت ، وإن كانت متباينة بالدور ؛ وإذا قسم الدار تقسم العرصة بالذراع والبناء بالقيمة ؛ ويجوز أن يفضل بعضها على بعض تحقيقاً للمعادلة في الصورة والمعنى أو في المعنى عند تعذر الصورة ؛ ولو اختلفا فقال بعضهم : نجعل قيمة البناء بذراع من الأرض وقال الآخر بالدراهم ، فالأول أولى لأنه إنما يقسم الميراث والدراهم ليست من الميراث ، إلا إذا تعذر بأن تكون قيمة البناء أضعاف قيمة الأرض ، أو يقع لأحدهما جميع البناء فيجعل القسمة في البناء على الدراهم لأنه ثبتت له القسمة فيتعدّى إلى ما لا يتأقن إلا به كالأخ ولايته على النكاح دون المال ، وله تسمية الصداق لما قلنا ، وهذا مروى عن محمد . وعن أبي يوسف يقسم الكلّ باعتبار القيمة لتعذر التعديل إلا بالقيمة . وعن

وَيَقْسِمُ سَهْمَيْنِ مِنَ الْغُلُوِّ بِسَهْمٍ مِنَ السُّفْلِ (سم) ، وَلَا تَدْخُلُ الدَّرَاهِمُ فِي الْقِسْمَةِ إِلَّا بِتَرَاضِهِمْ .

أبى حنيفة أنه تقسم الأرض بالمساحة على الأصل في المسوحات ، فمن كان نصيبه أجود أو وقع له البناء يردّ على الآخر دراهم حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كولاية الأخ ، وقول محمد أحسن وأوفق للأصول ؛ ولو اختلفوا في الطريق فقال بعضهم نرفع طريقا بيننا وامتنع الآخر ، فإن كان يستقيم لكل واحد طريق في نصيبه قسم بينهم بغير طريق ، وإن كان لا يستقيم رفع بينهم طريق ولا يلتفت إلى الممتنع لأنه تكميل المنفعة وتوفيرها ، ويجعل الطريق على عرض باب الدار ، لأن الحاجة تندفع به ، وهو على ما كان عليه من الشركة ، وطريق الأرض قدر ما تمرّ فيه البقر للحراثة ، لأنه لا بدّ من الزرع ، ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما أغصانها متدلّية في نصيب الآخر ، روى ابن رستم عن محمد له أن يجبره على قطعها ، وروى ابن سماعه لا يجبره لأنه استحقّ الشجرة بأغصانها وعليه الفتوى . ولأحد الشريكين أن يجعل في نصيبه بئرا وبالوعة وتنورا وحماما وإن كان يضرّ بجائط جاره ، وله أن يسدّ كوة الآخر لأنه يتصرّف في خالص ملكه فلا يكون متعدّيا ، وضرر الجار حصل ضمنا فلا يضمن ، وكذلك لصاحب الحائط أن يفتح فيه بابا وإن تأذى جاره لما ذكرنا ، والكفّ عما يؤذى الجار أحسن . قال (ويقسم سهمين من العلوّ بسهم من السفّل) وعند أبي يوسف سهم بسهم . وعند محمد بالقيمة ، وعليه الفتوى لأنهما أجناس بالنظر إلى اختلاف المنافع ، فإن السفّل يصلح إصطبلا وحفر البئر والسرداب ، ولا كذلك العلوّ ؛ وكذلك تختلف قيمتهما باختلاف البلدان فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة . ولهما أن الأصل في المزروع أن يقسم بالزرع ، والمقصود الأصلي السكنى ، إلا أن أبا يوسف قال : ذراع بذراع نظرا إلى ما هو المقصود وهو السكنى ، وهما يستويان فيها ، ولكلّ واحد منهما أن يفعل في نصيبه ما لا يضرّ بالآخر ، والمنفعتان متماثلتان ، فكما أن لصاحب السفّل حفر البئر والسرداب ، لصاحب العلوّ أن يبني فوق علوه ما لم يضرّ بالسفّل على أصله . ولأبى حنيفة أن منفعة السفّل ضعف منفعة العلوّ لأنها تبقى بعد فوات العلوّ ، وفي السفّل منفعة البناء والسكنى ، وفي العلوّ السكنى لا غير ، وليس له التعلّي إلا بأمر صاحبه على أصله ، فيعتبر ذراعين بذراع نظرا إلى اختلاف المنفعة ، ثم قيل : أبو حنيفة بنى على أصله أنه ليس لصاحب العلوّ أن يبني على علوه إلا برضى صاحبه ، وعندهما يجوز . وقيل أجاب على عادة أهل الكوفة في اختيارهم السفّل على العلوّ . قال (ولا تدخل الدراهم في القسمة إلا بتراضهم) لأن القسمة في المشترك ولا شركة في الدراهم ، فاذا رضى جاز لما بينا .

فصل

يَتَّبَعِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَنَ خَرَجَ اسْمُهُ عَلَى سَهْمٍ أَخَذَهُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمُ الرَّجُوعُ إِذَا قَسَمَ الْقَاضِي أَوْ نَاطِبُهُ ، فَإِنْ كَانَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمْ مَسِيلٌ أَوْ طَرِيقٌ لِغَيْرِهِ كَمْ يُشْرَطُ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ صَرْفُهُ عَنْهُ صَرْفَهُ وَإِلَّا فَسُخِّتِ الْقِسْمَةُ ، وَإِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِمْ ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمْ أَنْ مِنْ نَصِيبِهِ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ كَمْ تُقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَاسِمِينَ (م ف) عَلَى ذَلِكَ ،

فصل

(يَنْبَغِي لِلْقَاسِمِ أَنْ يَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَنَ خَرَجَ اسْمُهُ عَلَى سَهْمٍ أَخَذَهُ) وَذَلِكَ بَعْدَ مَا يَصُورُ مَا يَقْسِمُهُ وَيَعْدِلُهُ عَلَى سَهَامِ الْقِسْمَةِ ، وَيَنْزِعُ السَّاحَةَ وَيَقُومُ الْبِنَاءَ لِحَاجَتِهِ إِلَى مَعْرِفَةِ ذَلِكَ ، وَيُفَرِّزُ كُلَّ نَصِيبٍ بِحَقْوَقِهِ عَنْ بَقِيَةِ الْأَنْصِبَاءِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْقِسْمَةِ ، وَيَلْقَبُ الْأَنْصِبَاءُ بِالْأَوَّلِ وَالثَّانِي وَالثَّالِثِ ، ثُمَّ يَخْرُجُ الْقِرْعَةُ كَمَا تَقْدُمُ ، وَيَقْسِمُ عَلَى أَقَلِّ الْأَنْصِبَاءِ ، فَإِنْ كَانَ سِدْسًا جَعَلَهَا أَسَدَاسًا ، أَوْ ثَمْنًا فَأَثْمَانًا ، لِأَنَّهُ إِذَا خَرَجَ أَقَلُّ الْأَنْصِبَاءِ خَرَجَ الْأَكْثَرُ ، وَلَا كَذَلِكَ بِالْعَكْسِ ، وَلَوْ عَيْنَ لِكُلِّ وَاحِدٍ نَصِيبًا جَازٍ مِنْ غَيْرِ قِرْعَةٍ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْقَضَاءِ فِيصْبَحُ الْإِزَامَةُ أَمَّا الْقِرْعَةُ لِتَطْيِيبِ النُّفُوسِ وَنَفْيِ التَّهْمَةِ وَالْمِيلِ . قَالَ (وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمُ الرَّجُوعُ إِذَا قَسَمَ الْقَاضِي أَوْ نَاطِبُهُ) لِأَنَّهُ صَدَرَتْ عَنْ وَلايَةٍ تَامَّةٍ فَلَزِمَتْ كَالْقَضَاءِ ، وَكَذَلِكَ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِذَا خَرَجَ بَعْضُ السَّهَامِ ، فَكَمَا لَا يَلْتَفِتُ إِلَى إِبَائِهِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ لَا يَلْتَفِتُ إِلَى رَجُوعِهِ بَعْدَهَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا حَصَلَ التَّرَاضَى وَبَيَّنَّتِ الْحُدُودَ ، لِأَنَّ الْمُؤْمِنِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ . وَقِيلَ يَصْحَحُ رَجُوعُهُ إِذَا خَرَجَ بَعْضُ السَّهَامِ إِلَّا إِذَا بَقِيَ سَهْمٌ وَاحِدٌ لَتَعِينِهِ لِلْبَاقِي . قَالَ (فَإِنْ كَانَ فِي نَصِيبِ أَحَدِهِمْ مَسِيلٌ أَوْ طَرِيقٌ لِغَيْرِهِ لَمْ يُشْرَطُ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ صَرْفُهُ عَنْهُ صَرْفَهُ) تَحْقِيقًا لِمَعْنَى الْقِسْمَةِ وَهُوَ قَطْعُ الْإِشْرَاقِ (وَإِلَّا فَسُخِّتِ الْقِسْمَةُ) لِاخْتِلَالِهَا ، وَتُسْتَأْنَفُ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَكْمِيلُ الْمَنْفَعَةِ ، وَلَا يَتَأْتِي ذَلِكَ إِلَّا بِالطَّرِيقِ وَالْمَسِيلِ . قَالَ (وَإِذَا شَهِدُوا عَلَيْهِمْ ثُمَّ ادَّعَى أَحَدُهُمْ أَنْ مِنْ نَصِيبِهِ شَيْئًا فِي يَدِ صَاحِبِهِ لَمْ تُقْبَلْ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) لِأَنَّهُ مَدَّعٍ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ اسْتَحْلَفَ شُرَكَاءَهُ ، فَنَ نَكُلُ جَمْعَ نَصِيبِهِ وَنَصِيبِ الْمَدْعَى فَيَقْسِمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَاسِرٍ نَصِيبَهُمَا ، لِأَنَّ النُّكُولَ حُجَّةٌ عَلَى مَا عُرِفَ ، وَقِيلَ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهُ لِلتَّنَاقُضِ . قَالَ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَاسِمِينَ عَلَى ذَلِكَ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ عَلَى فَعْلِهِمَا . وَلَهُمَا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِالْإِسْتِيفَاءِ وَهُوَ فَعْلُ الْغَيْرِ بِهِ تَأْزِمُ الْقِسْمَةَ فَتُقْبَلُ ، أَمَّا فَعْلُهُمَا الْإِفْرَازُ وَهُوَ غَيْرُ مَلْزَمٍ وَلَا حَاجَةَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ مِثْلُ

وإن قال : قبضته ثم أخذه مني فبينته أو يمين خصمه ، وإن قال ذلك قبل الإشهاد تحالفاً وفسخت القسمة ، وإن استحق بعض نصيب أحدهم رجع في نصيب صاحبه بقسطه (س) .

فصل

المهاياة جائزة استحساناً ،

قولهما . ومنهم من قال : إن كانت القسمة بأجر لا تقبل لأنها دعوى إيفاء عمل استؤجرا عليه . وجوابه أن أجرتهما وجبت باتفاق الخصوم على إيفاء العمل وهو التمييز فلم تجر لهما منما فلا تهمه (وإن قال قبضته ثم أخذه مني فبينته أو يمين خصمه) كسائر الدعاوى (وإن قال ذلك قبل الإشهاد تحالفاً وفسخت القسمة) وكذلك إذا قال : لم يسلم إلى بعض نصيبى وهو نظير الاختلاف في قدر المبيع ، وسنين التحالف وأحكامه في كتاب الدعوى إن شاء الله تعالى . قال (وإن استحق بعض نصيب أحدهم رجع في نصيب صاحبه بقسطه) كما في البيع ، هذا عند أبي حنيفة ؛ وقال أبو يوسف : تفسخ القسمة ، وهو قول محمد في رواية أبي سليمان . وروى أبو حفص أنه مع أبي حنيفة . وقيل الخلاف في بعض شائع في نصيب أحدهما ، أما المعين لا يفسخ بالإجماع ؛ ولو استحق نصيب شائع في الكل انفسخت بالإجماع ؛ لأبي يوسف أن بالاستحقاق ظهر شريك ثالث ولا قسمة بدون رضاه ؛ والفقه فيه أن باستحقاق الجزء الشائع يبطل معنى القسمة ، وهو التمييز والإفراز لأنه يرجع بجزء شائع في نصيب الآخر بخلاف المعين ، وصار كاستحقاق الشائع في الكل ؛ ولأبي حنيفة أن القسمة على هذا الوجه تجوز ابتداء بأن يكون نصف الدار المقدم بينهما وبين ثالث ، والمؤخر بينهما على الخصوص ، فاقسما على أن لأحدهما نصيبهما من المقدم وربع المؤخر ، وللآخر ثلاثة أرباع المؤخر فانه يجوز ، وإذا جاز ذلك ابتداء جاز انتهاء ، فعنى القسمة موجود وصار كالجزء المعين ، بخلاف الشائع في الكل ، لأن القسمة لو بقيت يتفرق نصيب المستحق في الكل فيتضرر ولا ضرر هنا فافترقا .

فصل

(المهاياة جائزة استحساناً) والقياس يأبى جوازها لأنها مبادلة المنفعة بجنسها نسيئة لتأخر حق أحدهما ، إلا أنا استحسنا الجواز لقوله تعالى - لها شرب ولكم شرب يوم معلوم - ولأن المنافع تستحق بعوض وغير عوض كالأعيان ، والقسمة تجوز في الأعيان فتجوز في المنافع وهى مبادلة معنى إفراز صورة حتى تجرى في الأعيان المتفاوتة كالدور والعبيد

وَلَا تَبْطُلُ بِمَوْتِهِمَا وَلَا بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا، وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا الْقِسْمَةَ بَطَلَتْ ،
وَتَجُوزُ فِي دَارٍ وَاحِدَةٍ بِأَنْ يَسْكُنَ كُلُّ مِثْمَا طَائِفَةً أَوْ أَحَدُهُمَا عُلُوَهَا
وَالْآخَرُ سُفْلَهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِثْمَا إِجَارَةٌ مَا أَصَابَهُ وَأَخَذَ غَلَّتِهِ ، وَتَجُوزُ
فِي عَبْدٍ وَاحِدٍ يَخْدُمُ هَذَا يَوْمًا وَهَذَا يَوْمًا ، وَكَذَا فِي الْبَيْتِ الصَّغِيرِ ، وَفِي
عَبْدَيْنِ يَخْدُمُ كُلُّ وَاحِدٍ وَاحِدًا ، فَإِنْ شَرَطَا طَعَامَ الْعَبْدِ عَلَى مَنْ يَخْدُمُهُ
جَازَ ، وَفِي الْكِسْوَةِ لَا يَجُوزُ ،

دون المثليات ، ويجبر الممتنع إذا لم يكن الطالب متعنتا وليست كالإجارة لأن المنفعة تستحق
هنا بالملك ، ومعنى المعاوضة تبع ، ولهذا لا تشترط فيها المدة ، وفي الإجارة بالعقد ، ولهذا
يشترط ذكر المدة ، لأنه لا يعلم قدر ما يستحقه من المنفعة إلا بذكرها ، وليست كالعارية
لما بينا . قال (ولا تبطل بموتهما ولا بموت أحدهما) لأننا نحتاج إلى إعادتهما بطلب الوارثين
أو أحدهما ، بخلاف الإجارة والعارية . قال (ولو طلب أحدهما القسمة بطلت) المهايأة ،
معناه فيما يحتمل القسمة ، لأن القسمة أقوى في استعمال المنفعة ؛ ولو طلب أحدهما القسمة
والآخر المهايأة قسم لما بينا وبل أولى . قال (وتجوز في دار واحدة بأن يسكن كل منهما
طائفة ، أو أحدهما علوها والآخر سفلها) لأن القسمة على هذا الوجه جائزة ، فكذا المهايأة
لأن المنفعة غير مختلفة ، وبيان المكان يقطع المنازعة ، وهذه إفراز للنصيب ، وليست مبادلة
(ولكل واحد منهما إجارة ما أصابه وأخذ غلته) لأنها قسمة المنافع وقد ملكتها فله استغلالها
وشرط بعضهم في جواز الاستغلال أن يشترطه في العقد كالعارية وليس بشئ ، وجوابه
ما مر ، ولو تهايئا في دارين على أن يسكن كل واحد دارا جاز جبرا واختيارا ، وهذا
عندهما ظاهر اعتبارا بقسمة الأصل ، أما عنده تين لا يجبر كما في القسمة ، وقيل لا يجوز
أصلا لأنه بيع السكنى بالسكنى ، بخلاف القسمة لأنه بيع بعض أحدهما ببعض الأخرى
وأنه جائز ؛ وقيل يجوز مطلقا لقلة التفاوت في المنافع ويكون إفرازا . قال (وتجوز في عبد
واحد يخدم هذا يوما وهذا يوما ، وكذا في البيت الصغير) لأن المهايأة تكون في الزمان
والمكان استيفاء للمنفعة بقدر الإمكان ، وقد تعذر المكان فيتعين الزمان . قال (وفي عبدين
يخدم كل واحد واحد) ولا إشكال على أصلهما ، لأن عندهما تجوز قسمة الرقيق جبرا
واختيارا فكذا منفعتهم . وأما عند أبي حنيفة فالقياس على عدم جواز القسمة يمنع الجواز ،
لكن الصحيح الجواز لقلة التفاوت في الخدمة ، ولا كذلك في الأعيان لما مر . قال (فان
شرطا طعام العبد على من يخدمه جز ، وفي الكسوة لا يجوز) لأن العادة جرت بالمساحمة
في الطعام دون الكسوة ، ولقلة التفاوت في الطعام وكثرتها في الكسوة ، فان وقتنا شيئا من

وَلَا تَجُوزُ فِي غَلَّةِ عَبْدٍ وَلَا عَبْدَيْنِ (سم) ، وَلَا فِي رُكُوبِ دَابَّةٍ وَلَا دَابَّتَيْنِ ،
وَلَا فِي ثَمَرَةِ الشَّجَرِ ، وَلَا فِي لَبَنِ الْغَنَمِ وَأَوْلَادِهَا ، وَتَجُوزُ فِي عَبْدٍ وَدَارٍ عَلَى
السُّكْنَى وَالْحِدْمَةِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مُخْتَلِفٍ الْمَنْفَعَةِ

الكسوة معروفاً جاز استحساناً ، لأن عند ذكر الوصف ينعدم التفاوت أو يقل . قال
(ولا تجوز في غلة عبد ولا عبدین) وقالوا : تجوز في العبدین ، لأن الغلة بدل المنفعة فتجوز
كالمنفعة ، ولأن التفاوت في استغلال العبدین إذا استويا في الحرفة والمنفعة قليل ، وقيل
هذا بناء على اختلافهم في القسمة ، ولهذا لا تجوز في الواحد إجماعاً . وله أن الأجرة تجب
بالعمل حتى لو سلمه ولم يعمل لأجر له فكان فيه خطر ، ولأنه ربما لا يجد من يستأجره
فلا تقع المعادلة ، والتفاوت بينهما فاحش لتفاوتهما في الأمانة والحذاقة والهداية إلى العمل
فتكون أجرته أكثر من الآخر فلا توجد المعادلة ، وعلى هذا الخلاف غلة الدابتين ، ولا
تجوز في العبد الواحد ولا في الدابة الواحدة ، وتجوز في الدار الواحدة ، والفرق أن أحد
النصيبين مقدّم على الآخر في الاستيفاء والاعتدال ثابت وقت المهايأة ، والظاهر بقاؤه
في العقار دون الحيوان ، لتوالي أسباب التغيير عليه دون العقار فتفاوت المعادلة فيه (ولا)
تجوز (في ركوب دابة ولا دابتين) لأن الركوب يختلف باختلاف الراكب لأن منهم الحاذق
والجاهل فلا تحصل المعادلة بخلاف العبد فانه يخدم باختياره فلا يتحمل فوق طاقته ، وهذه
علة في استغلال الدواب أيضاً . قال (ولا) تجوز (في ثمرة الشجر ، ولا في لبن الغنم وأولادها)
لأن المهايأة قسمة المنافع ، وفي هذا تستحق الأعيان ، وما يحصل من ذلك يتفاوت . ولا
تجوز قسمة الأعيان إلا بالتعديل ، ولأن قسمة المنافع قبل وجودها ضرورة لأنه لا يمكن
قسمتها بعد الوجود ولا ضرورة في الأعيان . قال (وتجوز في عبد ودار على السكني
والخدمة) لأن المقصود منهما يجوز عند اتحاد الجنس ، فعند الاختلاف أولى . قال (وكذلك
كل مختلفي المنفعة) كسكني الدار وزرع الأرض ، وكذا الحمام والدار ، لأن كل واحد
من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة ، والله أعلم .

كتاب أدب القاضي

القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات ،

كتاب أدب القاضي

الأدب : هو التخلق بالأخلاق الحميلة والحصول الحميدة في معاشره الناس ومعاملتهم ،
وأدب القاضي : التزامه لما ندب إليه الشرع من بسط العدل ورفع الظلم ، وترك الميل
والمحافظة على حدود الشرع ، والجرى على سنن السنة على ما يأتي إن شاء الله تعالى . والقضاء
في اللغة له معان : يكون بمعنى الإلزام ، قال الله تعالى - وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه -
وبمعنى الإخبار ، قال الله تعالى - وقضينا إلى بني إسرائيل - وبمعنى الفراغ ، قال الله تعالى
- فاذا قضيت الصلاة - وبمعنى التقدير ، يقال : قضى الحاكم النفقة : أى قدرها ،
ويستعمل في إقامة شيء مقام غيره ، يقال : قضى فلان دينه : أى أقام ما دفعه إليه مقام
ما كان في ذمته . وفي الشرع : قول ملزم يصدر عن ولاية عامة ، وفيه معنى اللغة ، فكأنه
ألزمه بالحكم وأخبره به ، وفرغ من الحكم بينهما أو فرغا من الخصومة ، وقدر ما كان
عليه وماله ، وأقام قضاءه مقام صلحهما وتراضيهما ، لأن كل واحد منهما قاطع للخصومة .
اعلم أن (القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات) وما من نبي من الأنبياء
إلا وأمره الله بالقضاء ، وأثبت لآدم اسم الخليفة ، وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام - وأن
أحكم بينهم بما أنزل الله - وقال لداود - فأحكم بين الناس بالحق - ولأن فيه الأمر بالمعروف
والنهي عن المنكر ، وإظهار الحق ، وإنصاف المظلوم من الظالم ، وإيصال الحق إلى
مستحقه ، ولأجل هذه الأشياء شرع الله تعالى الشرائع ، وأرسل الرسل عليهم الصلاة والسلام :
والقضاء على خمسة أوجه : واجب ، وهو أن يتعين له ، ولا يوجد من يصح غيره ،
لأنه إذا لم يفعل أدى إلى تضييع الحكم ، فيكون قبوله أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر ،
وإنصاف المظلومين من الظالمين وأنه فرض كفاية . ومستحب ، وهو أن يوجد من يصلح
لكن هو أصلح وأقوم به . ومخير فيه ، وهو أن يستوى هو وغيره في الصلاحية والقيام
به ، فهو مخير إن شاء قبله ، وإن شاء لا . ومكروه ، وهو أن يكون صالحا للقضاء ، لكن
غيره أقوم به وأصلح . وحرام ، وهو أن يعلم من نفسه العجز عنه ، وعدم الإنصاف فيه
لما يعلم من باطنه من اتباع الهوى ما لا يعرفونه فيحرم عليه ، ويكون رزقه وكفايته وكفاية
أهله وأغوانه ومن يموئهم من بيت المال ، لأنه محبوس لحق العامة ، فلو لا كفاية ربما
طمع في أموال الناس ، ولهذا قالوا : يستحب للإمام أن يقلد القضاء من له ثروة لئلا يطمع

وَالأَوَّلَى أَنْ يَكُنَّ الْقَاضِي مُجْتَهِدًا ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ مَوْثُوقًا بِهِ فِي دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ وَعَقْلِهِ وَفَهْمِهِ ، عَالِمًا بِالْفِقْهِ وَالسُّنَّةِ ، وَكَذَلِكَ الْمُفْتَى ،

فِي أَمْوَالِ النَّاسِ وَإِنْ تَزَه فَهُوَ أَفْضَلُ . وَ أَبُو بَكْرٍ الصِّدِّيقُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لَمَّا وَلِيَ الْخِلَافَةَ خَرَجَ إِلَى السُّوقِ لِيَكْتَسِبَ ، فَرَدَّهُ عَمْرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، ثُمَّ أَجْمَعُوا عَلَى أَنْ جَعَلُوا لَهُ كُلَّ يَوْمٍ دَرَاهِمِينَ ، وَكَانَ عِنْدَهُ عِبَادَةٌ قَدْ اشْتَرَاهَا مِنْ رِزْقِهِ ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ لِعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أَعْطِيهَا عَمْرٌ لِيَرُدَّهَا إِلَى بَيْتِ الْمَالِ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ إِذَا اسْتَغْنَى لَا يَأْخُذُ ، وَهُوَ الْمُخْتَارُ . قَالَ (وَالْأَوَّلَى أَنْ يَكُونَ الْقَاضِي مُجْتَهِدًا) لِأَنَّ الْحَادِثَةَ إِذَا وَقَعَتْ يَجِبُ طَلِبُهَا مِنَ الْكِتَابِ ثُمَّ مِنَ السُّنَّةِ ثُمَّ مِنَ الْإِجْمَاعِ ، فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ فِي شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ اسْتَعْمَلَ الرَّأْيَ وَالْاجْتِهَادَ ، وَيَشْهَدُ لَهُ حَدِيثُ مَعَاذٍ حِينَ بَعَثَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْيَمَنِ وَوَلَاهُ الْحَكْمَ بِهَا ، فَقَالَ لَهُ « كَيْفَ تَصْنَعُ إِنْ عَرَضَ لَكَ حَكْمٌ ؟ » قَالَ : أَقْضِي بِمَا فِي كِتَابِ اللَّهِ ، قَالَ : فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ قَالَ : فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ، قَالَ : فَإِنْ لَمْ تَجِدْ ؟ قَالَ : أَجْتَهِدُ بِرَأْيِي ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللَّهِ لَمَّا يَرْضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ « وَإِنَّمَا لَمْ يَذْكُرِ الْإِجْمَاعَ لِأَنَّهُ لَا إِجْمَاعَ مَعَ وَجُودِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقِيَاسِ مَعَ النَّصِّ بَعْدَهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ . قَالَ (فَإِنْ لَمْ يُوْجَدْ فَيَجِبُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ مَوْثُوقًا بِهِ فِي دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ وَعَقْلِهِ وَفَهْمِهِ ، عَالِمًا بِالْفِقْهِ وَالسُّنَّةِ ، وَكَذَلِكَ الْمُفْتَى) أَمَّا أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ ، فَلِأَنَّهَا مِنْ بَابِ الْوَلَايَةِ وَالْقَضَاءِ أَقْوَى وَأَعَمُّ وَوَلَايَةٌ ، وَكُلٌّ مِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقَضَاءِ ، وَمِنْ لَا فَلَا ؛ وَلَا تَجُوزُ وَلَايَةُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَالْعَبْدِ لِأَنَّهُ لَا وَلَايَةَ لَهُمْ ، وَلَا الْأَعْمَى لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ ، وَلَوْ جُودَ الْإِلْتِبَاسُ عَلَيْهِ فِي الصَّوْتِ وَغَيْرِهِ ؛ وَالْأَطْرُوشُ يَجُوزُ لِأَنَّهُ يَفْرَقُ بَيْنَ الْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ وَيُمَيِّزُ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ ، وَقِيلَ لَا يَجُوزُ لِأَنَّهُ لَا يَسْمَعُ الْإِقْرَارَ ، فَرُبَّمَا يَنْكُرُ إِذَا اسْتَعَادَهُ فَتَضَيِّعُ حَقُوقَ النَّاسِ ؛ وَالْفَاسِقُ يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُ ، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُولَى كَمَا لَا يَنْبَغِي أَنْ يَعْمَلَ بِشَهَادَتِهِ . وَفِي النُّوَادِرِ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ ، وَلَوْ فَسَّرَ بَعْدَ الْوَلَايَةِ اسْتَحَقَّ الْعَزْلُ وَلَا يَنْعَزَلُ ، وَقِيلَ يَنْعَزَلُ لِأَنَّ الَّذِي وَلَاهُ مَا رَضِيَ بِهِ إِلَّا عَدْلًا ، وَيَشْتَرُطُ دِينُهُ وَأَمَانَتُهُ لِأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ وَدِمَائِهِمْ وَلَا يُوَثَّقُ عَلَى ذَلِكَ مِنْ لَا أَمَانَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ الْعَقْلُ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ فِي الْأُمُورِ الدِّينِيَّةِ . وَأَمَّا الْفَهْمُ فَلْتَفْهَمُ مَعَانِيَ الْكِتَابِ وَالْحَدِيثِ وَمَا يَرُدُّ عَلَيْهِ مِنَ الْقَضَايَا وَالِدَعَاوَى وَكُتُبِ الْقَضَاءِ وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَأَمَّا الْعِلْمُ بِالْفِقْهِ وَالسُّنَّةِ فَلِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْقَضَاءِ وَلَا يَعْلَمُ كَيْفَ يَقْضِي . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ : لِأَنَّ يَكُونَ الْقَاضِي وَرَعًا أَحَبَّ إِلَى مَنْ أَنْ يَكُونَ مُجْتَهِدًا . وَقَالَ : إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْفَرَائِضِ يَكْفِي فِي جَوَازِ الْقَضَاءِ . وَقِيلَ يَجُوزُ تَقْلِيدُ الْجَاهِلِ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْقَضَاءِ بِالِاسْتِفْتَاءِ ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يَكُونَ عَالِمًا

وَلَا يَطْلُبُ الْوِلَايَةَ وَبُكْرَةَ الدَّخُولِ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ الْعَجْزَ عَنِ الْقِيَامِ بِهِ ،
وَلَا بَأْسَ بِهِ لِمَنْ يَثِقُ مِنْ نَفْسِهِ أَدَاءَ فَرْضِهِ ، وَمَنْ تَعَيَّنَ لَهُ تَفْتَرَضُ
عَلَيْهِ الْوِلَايَةُ ، وَيَجُوزُ التَّقْلِيدُ مِنْ وِلَاةِ الْحَوْرِ ، وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرَأَةِ (ف)
فِيهَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهَا فِيهِ ، فَإِذَا قُلِدَ الْقَضَاءُ يَطْلُبُ دِيْوَانَ الْقَاضِي الَّذِي قَبْلَهُ ،
وَيَنْظُرُ فِي خَرَائِطِهِ وَسَجَلَاتِهِ ،

قال عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله
ورسوله وجماعة المسلمين » وكذلك المفتي ، لأن الناس يرجعون إلى فتواه في حوادثهم
ويقتدون به ويعتمدون على قوله ، فينبغي أن يكون بهذه الأوصاف ؛ والفاسق لا يصلح
أن يكون مفتيا ، لأنه لا يقبل قوله في أخبار الديانات ؛ وقيل يصلح لأنه يتحرز لئلا
ينسب إلى الخطأ . قال (ولا يطلب الولاية) لقوله عليه الصلاة والسلام لعبد الرحمن بن
سمرة « يا عبد الرحمن لا تسأل الولاية ، فإنك إن سألتها وكلت إليها ، وإن أعطيتها أعنت عليها »
وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب عملا فقد غل » وعن عمر رضي الله عنه : ما عدل
من طلب القضاء . قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عن القيام به) لما فيه من
المحنور ، وقيل يكره الدخول لمن يدخله مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام « من ولي
القضاء فكأنما ذبح بغير سكين » قيل معناه إذا طلب ، وقيل إذا لم يكن أهلا . قال (ولا
بأس به لمن يثق من نفسه أداء فرضه) لأن كبار الصحابة والتابعين تقلدوه وكفى بهم قدوة ،
والنبي عليه الصلاة والسلام ولي عليا ولو كان مكروها لما ولاه . وقال عليه الصلاة والسلام
« إذا حكم الحاكم فأصاب فله أجران » واختيار أبي بكر الرازي الامتناع عنه ؛ وقيل
الدخول فيه رخصة والترك عزيمة وهو الصحيح (ومن تعين له تفرض عليه الولاية)
وقد بيناه ، ولو امتنع لا يجبر عليه ؛ ولو كان في البلد جماعة يصلحون وامتنعوا والسلطان
يفصل بين الخصوم لم يأثموا ، وإن كان لا يمكنه ذلك أثموا ، وإن امتنعوا حتى قلد
جاهلا أثم الكل . قال (ويجوز التقليد من ولاة الجور) لأن الصحابة تقلدوه من معاوية
وكان الحق مع علي رضي الله عنه ، والتابعون تقلدوه من الحجاج مع جوره ، ولأن فيه
إقامة الحق ودفع الظلم حتى لو لم يمكنه من ذلك لا يجوز له الولاية منه . قال (ويجوز
قضاء المرأة فيما تقبل شهادتها فيه) إلا أنه يكره لما فيه من محادثة الرجال ومبني أمرهن
على السر . وروى عن أبي حنيفة أنه قال : لا يترك القاضي على القضاء إلا حولا ، لأنه
إذا اشتغل بالقضاء ينسى العلم فيعزله السلطان بعد الحول ويستبدل به حتى يشتغل بالدرس
قال (فإذا قلد القضاء) ينبغي له أن يتق الله تعالى ويؤثر طاعته ويعمل لمعاده ويقصد إلى
الحق بجهده فيما تقلده و (يطلب ديوان القاضي الذي قبله وينظر في خرائطه وسجلاته)

وَعَمَلٍ فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ بِمَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ أَوْ بِاعْتِرَافِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ ، وَلَا يَعْمَلُ بِقَوْلِ الْمَعْزُولِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ هُوَ الَّذِي سَلَّمَهَا إِلَيْهِ ، وَيَجْلِسُ لِلْقَضَاءِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي الْمَسْجِدِ وَالْجَامِعِ أَوَّلَى ، وَيَتَّخِذُ مُتَرَجِّمًا وَكَاتِبًا عَدْلًا مُسْلِمًا لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ ،

لأنها وضعت لتكون حجة عند الحاجة ، فتجعل في يد المتولى لأنه يحتاج إليها ليعمل بها . قال (وعمل في الودائع وارتفاع الوقوف بما تقوم به البينة) لأنها حجة شرعية (أو باعتراف من هو في يده) لأنه أمين (ولا يعمل بقول المعزول) لأنه شاهد وشهادة الفرد لا عمل بها . قال (إلا أن يكون هو الذي سلمها إليه) لأن يده كيده فيكون أمينا فيه ، وينبغي أن يبعث رجلين من ثقاته والواحد يكفي ، فيقبضان من المعزول ديوانه ، وهو ما ذكرنا من الخرائط والسجلات ، فيجمعان كل نوع في خريطة حتى لا يشتبه على القاضي ، ويسألان المعزول شيئا فشيئا لينكشف ما يشكل عليهما ويختمان عليه ، وهذا السؤال ليس للإلزام بل لينكشف به الحال ، فإن أبي المعزول أن يدفع إليهما النسخ أجبر على ذلك ، سواء كان البياض من بيت المال وهو ظاهر لأنه لمصالح المسلمين ، أو من الحصوم لأنهم وضعوها في يد العمل بها ، أو من ماله لأنه فعله تدبيرا لا تمولا ، ويأخذان الودائع وأموال اليتامى ويكتبان أسماء المحبوسين ويأخذان نسختهم من المعزول لينظر المولى في أحوالهم فمن اعترف بحق أو قامت عليه بينة ألزمه عملا بالحجة ، وإلا نادى عليه في مجلسه من كان يطالب فلانا المحبوس بحق فليحضر ، فمن حضر وادعى عليه ابتداء الحكم بينهم ، وينادى أياما على حسب ما يرى القاضي وإن لم يحضر لا يخليه حتى يستظهر في أمره ، فيأخذ منه كفيلا بنفسه لاحتمال أنه محبوس بحق غائب وهو الظاهر ، لأن فعل المعزول لا يكون عبثا . قال (ويجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد) لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يفصل بين الحصوم في المسجد ، وكذا الخلفاء الراشدون بعده ، ودكة على رضى الله عنه في مسجد الكوفة إلى الآن معروفة . وقال عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد لذكر الله وللحكم » ولئلا يشتبه على الغرباء مكانه (والجامع أولى) لأنه أشهر ، وإن كان الخصم حائضا أو نفساء خرج القاضي إلى باب المسجد فنظر في خصومتها أو أمر من يفصل بينهما ، كما لو كانت المنازعة في دابة فانه يخرج لاستماع الدعوى والإشارة إليه في الشهادة ، وإن جلس في بيت جاز ، ويأذن للناس بالدخول فيه ، ولا يمنع أحدا من الدخول عليه ، ويجلس معه من كان يجلس معه في المسجد ، ويكون الأعوان بالبعد عنه بحيث لا يسمعون ما يكون بينه وبين ما تقدم إليه للخصومة ، ويستحب أن يجلس معه قريبا منه قوم من أهل الفقه والديانة ، ولا بأس بأن يجلس وحده إذا كان عالما بالقضاء . قال (ويتخذ مترجما وكاتبا عدلا مسلما له معرفة بالفقه) لأنه إذا لم يكن عدلا

وَيُسَوَّى بَيْنَ الْحَصْمَيْنِ فِي الْجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ وَالنَّظَرِ وَالْإِشَارَةِ ، وَلَا يُسَارُّ أَحَدَهُمَا وَلَا يُلْقِنُهُ حُجَّتَهُ ، وَلَا يَضْحَكُ لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا يُمَارِحُهُمَا ، وَلَا أَحَدَهُمَا ، وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةَ أَجْنَبِيٍّ كَمْ يُهْدِي لَهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةَ إِلَّا الْعَامَّةَ ، وَيَعُودُ الْمَرْضَى ، وَيَشْهَدُ الْجَنَائِزَ ، فَإِنْ حَدَّثَ لَهُ هَمٌّ ، أَوْ نُعَاسٌ ، أَوْ غَضَبٌ ، أَوْ جُوعٌ ، أَوْ عَطَشٌ ، أَوْ حَاجَةٌ حَيَوَانِيَّةٌ كَفَّ عَنِ الْقَضَاءِ .

لا تؤمن خيانتَه ، وإذا لم يكن مسلماً لا يؤمن أن يكتب مالا تقتضيه الشريعة ، وإذا لم يكن فقيها لا يعرف كتبة السجلات وما يحتاج إليه القاضي من الأحكام ، ويجلس ناحية عنه حيث يراه حتى لا يخدع بالرشوة . قال (ويسوى بين الخصمين في الجلوس والإقبال والنظر والإشارة) قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء - أى بالعدل والعدل التسوية . وقال عليه الصلاة والسلام « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بين الخصوم في المجلس والإشارة والنظر » وفي كتاب عمر رضى الله عنه : آس بين الناس في مجلسك ووجهك وعدلك ، ومعناه ما ذكرنا ، ثم نبه على العلة فقال : حتى لا يطمع شريف في حيفك ، ولا يخاف ضعيف جورك ، ولأنه إذا فضل أحدهما ينكسر قلب الآخر فلا ينشرح للدعوى والجواب ، وينبغي أن يجلسوا بين يدي القاضي جثوا ولا يجلسهما في جانب ، ولا أحدهما عن يمينه والآخر عن شماله ، وإذا تقدم إليه الخصمان إن شاء بدأهما فقال مالكما ، وإن شاء سكنت حتى يتكلما ، فإذا تكلم أحدهما أسكت الآخر ليفهم دعواه . قال . (ولا يسار أحدهما ولا يلقيه حجته) لما بينا ؛ ولما فيه من التهمة (ولا يضحك لأحدهما) لأن ذلك يجرئه على خصمه (ولا يمارحهما ولا أحدهما) لأنه يخل بهيبة القضاء (ولا يضيف أحدهما دون الآخر) لما بينا ، وقد ورد النهى عنه . قال (ولا يقبل هدية أجني لم يهد له قبل القضاء) قال عليه الصلاة والسلام « هدايا الأمراء غلول » ولأنه إنما أهدى له للقضاء ظاهراً فكان آكلاً بالقضاء فأشبه الرشوة ، بخلاف من جرت عادته بمهاداته قبل القضاء ، لأن الظاهر أنه جرى على عادته حتى لو زاد على العادة أو كان له خصومة لا يقبلها ، والقريب على هذا التفصيل . قال (ولا يحضر دعوة إلا العامة) كالعرس والختان لأنه لا تهمة فيها والإجابة سنة ، ولا يجب الخاصة لمكان التهمة إلا إذا كانت من قريب أو من جرت عادته بذلك قبل القضاء على التفصيل المتقدم ، والعشرة فما دونها خاصة وما فوقها عامة ، وقيل الخاصة ما لو علم أن القاضي لا يحضرها لا يعملها . قال (ويعود المرضى ويشهد الجنائز) لأنها من حقوق المسلم على المسلم على ما نطق به النص ، ولا يطيل مكثه في ذلك المجلس ، ولا يمكن أحداً من التكلم فيه بشيء من الخصومات . قال (فإن حدث له همٌّ أو نعاسٌ ، أو غضبٌ أو جوعٌ ، أو عطشٌ ، أو حاجة حيوانية كَفَّ عن القضاء) قال عليه الصلاة والسلام « لا يقضى القاضي وهو

وَلَا يَبِيعُ وَلَا يَشْتَرِي فِي الْمَجْلِسِ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَسْتَخْلِفُ عَلَى الْقَضَاءِ إِلَّا أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ ، وَلَا يَقْضِي عَلَى غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ ، أَوْ مَا يَكُونُ مَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى الْحَاضِرِ .
وَإِذَا رُفِعَ إِلَيْهِ قَضَاءٌ قَاضٍ أَمْضَاهُ ، إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ الْمَشْهُورَةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ ،

غضبان « وفي رواية « وهو شعبان » ولأنه يحتاج إلى الفكر ، وهذه الأعراض تمنع صحة الفكر فتخل بالقضاء ، ويكره له صوم التطوع يوم القضاء ، لأنه لا يخلو عن الجوع ، ولا يتعب نفسه بطول الجلوس لأنه ربما ضجر ومل ويقعد طرفي النهار ؛ وإذا طمع في رضي الخصمين ردهما مرة ومرتين لقول عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، وإن لم يطمع أنفذ القضاء بينهما لعدم الموجب للتأخير . قال (ولا يبيع ولا يشتري في المجلس لنفسه) لما فيه من التهمة ، ولا بأس في غير المجلس . وعن أبي حنيفة رحمه الله يكره أيضا ، وإنما يبيع ويشترى ممن لا يعرفه ولا يحاييه . قال (ولا يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه كالوكيل عن الإمام ؛ والوكيل ليس له أن يوكل إلا أن يؤذن له . قال (ولا يقضي على غائب) لقوله صلى الله عليه وسلم « يا علي لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر » ولأن القضاء لقطع المنازعة ، ولا منازعة بدون الإنكار فلا وجه إلى القضاء . قال (إلا أن يحضر من يقوم مقامه) إما بانابته كالوكيل ، أو بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي (أو ما يكون ما يدَّعيه على الغائب سببا لما يدَّعيه على الحاضر) كمن ادَّعى دارا في يد رجل فأنكر فأقام المدَّعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب يقضي بها على الحاضر والغائب ، وكذا لو ادَّعى شفعة وأنكر ذو اليد الشراء ، فأقام البينة أن ذا اليد اشتراها من الغائب يقضي على الحاضر والغائب جميعا ، وكذا إذا شهدا على رجل فقال هما عبدان ، فأقام المشهود له البينة أن مولاها أعتقهما حكم يعتقهما في حق الحاضر والغائب جميعا .

فصل

(وإذا رفع إليه قضاء قاض أَمْضَاهُ إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ أَوْ السُّنَّةَ الْمَشْهُورَةَ أَوْ الْإِجْمَاعَ) وأصله أن القاضي إذا كان ممن يجوز قضاؤه فقضى بقضية يسوغ فيها الاجتهاد لم يجز لأحد من القضاة نقضه ، لأن الاجتهاد الثاني مثله والأول ترجيح بالسبق لاتصال القضاء به . وروى أن شريحا قضى بقضاء خالف فيه عمر وعليهما رضي الله عنهما ، فلم يفسخاه لوقوعه من قاض جائز الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد . وعن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الجدل

وَلَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ ، وَيَجُوزُ لِمَنْ قَلَّدَهُ وَعَلَيْهِ ؛
وَإِذَا عَلِمَ بِشَيْءٍ مِنْ حُقُوقِ الْعِبَادِ فِي زَمَنِ وَلَايَتِهِ وَمَحَلَّتْهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَقْضِيَ
بِهِ . وَالْقَضَاءُ بِشَهَادَةِ الزُّورِ يَنْفُذُ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا (سم) فِي الْعُقُودِ ، وَالْفُسُوحِ :
كَالنِّكَاحِ ، وَالطَّلَاقِ ، وَالْبَيْعِ ، وَكَذَلِكَ الْهَبَةِ ، وَالْإِرْثِ .

بقضايا مختلفة ، فقليل له ، فقال ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضى ، ولم يفسخ
الأول ؛ ولا اجتهاد مع الكتاب ولا مع السنة المشهورة ، إذ لا اجتهاد إلا عند عدمهما ،
لما تقدم من حديث معاذ ، ولا مع إجماع الجمهور لأنه خلاف وليس باختلاف ، والمراد
اختلاف الصدر الأول . قال (ولا يجوز قضاؤه لمن لا تقبل شهادته له) لأن المعنى الذى
تردّ الشهادة له فى القضاء أقوى لأنه ألزم . قال (ويجوز لمن قلده وعليه) لأنه نائب عن
المسلمين لاعنه ، ولهذا لا ينزل بموته . قال (وإذا علم بشيء من حقوق العباد فى زمن
ولايته ومحلها جاز له أن يقضى به) لأن علمه كشهادة الشاهدين وبل أولى ، لأن اليقين
حاصل بما علمه بالمعينة والسمع ، والحاصل بالشهادة غلبة الظن ، والإجماع على أن قوله
على الانفراد مقبول فيما ليس خصما فيه ، ومتى قال حكمت بكذا نفذ حكمه . وأما ما علمه
قبل ولايته أو فى غير محل ولايته لا يقضى به عند أبى حنيفة رضى الله عنه ، نقل ذلك عن
عمر وشريح رضى الله عنهما . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يقضى كما فى حال
ولايته ومحلها لما مرّ . وجوابه أنه فى غير مصره وغير ولايته شاهد لاحاكم ، وشهادة
الفرد لا تقبل ، وصار كما إذا علم ذلك بالبيئة العادلة ثم ولى القضاء فانه لا يعمل بها . وأما الحدود
فلا يقضى بعلمه فيها لأنه خصم فيها ، لأنها حقّ الله تعالى وهو نائبه إلا فى حدّ القذف
فانه يعمل بعلمه لما فيه من حقّ العبد ، وإلا فى السكر إذا وجد سكران ، أو من به أمارات
السكر فانه يعزره . قال (والقضاء بشهادة الزور ينفذ ظاهرا وباطنا فى العقود والفسوخ
كالنكاح ، والطلاق ، والبيع ، وكذلك الهبة ، والإرث) وقالوا : لا ينفذ باطنا . وصورته
شهد شاهدان بالزور بنكاح امرأة لرجل فقضى بها القاضى نفذ عنده حتى حلّ للزوج
وطؤها خلافا لهما ؛ ولو شهدا بالزور على رجل أنه طلق امرأته بائنا فقضى القاضى بالفرقة
ثم تزوجها آخرا جاز ؛ وعندهما إن جهل الزوج الثانى ذلك حلّ له وطؤها اتباعا للظاهر ،
لأنه لا يكلف علم الباطن وإن علم بأن كان أحد الشاهدين لا يحلّ ، ولو وطئها الزوج
الأول كان زانيا ويحدّ . وقال محمد : يحلّ له وطؤها ، وقال أبو يوسف : لا يحلّ له ،
لأن قول أبى حنيفة أورث شبهة فيحرم الوطء احتياطا ، ولا ينفذ فى معتدة الغير ومنكوحته
بالإجماع ، لأنه لا يمكن تقديم النكاح على القضاء ، وفى الأجنبية أمكن ذلك فيقدم تصحيحا
له قطعا للمنازعة ، وينفذ ببيع الأمة عنده حتى يحلّ للمشتري وطؤها ، وينفذ فى الهبة

وَإِذَا ثَبَّتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي وَسَأَلَهُ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يَحْبِسْهُ وَأَمَرَهُ بِدَفْعِ

وَالْإِرْثِ حَتَّى يَحْلَ لِلْمَشْهُودِ لَهُ أَكْلُ الْهَبَةِ وَالْمِيرَاثِ ، وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ لَا يَنْفِذُ فِيهِمَا لِهَمَّا قَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنِّكُمْ لَتَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ » ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، وَإِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ أَقْضِي بِمَا أَسْمَعُ ، فَمَنْ قَضَيْتَ لَهُ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْئًا بِغَيْرِ حَقِّهِ فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ » وَأَنَّهُ عَامٌّ فَيَعْمُ جَمِيعُ الْحَقُوقِ وَالْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ الْحَكْمُ فِي الْبَاطِنِ كَهُو عِنْدَ اللَّهِ تَعَالَى ، أَمَّا الظَّاهِرُ فَالْحَكْمُ لَازِمٌ عَلَى مَا أَنْفَذَهُ الْقَاضِي . قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَا أَقْضِي بِالظَّاهِرِ وَاللَّهُ يَتَوَلَّى السَّرَائِرَ » وَلَهُ مَا رَوَى : أَنَّ رَجُلًا خَطَبَ امْرَأَةً وَهُوَ دُونَهَا فِي الْحَسَبِ فَأَبَتْ أَنْ تَزَوَّجَهُ ، فَادَّعَى أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا ، وَأَقَامَ شَاهِدِينَ عِنْدَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَحَكَمَ عَلَيْهَا بِالنِّكَاحِ ، فَقَالَتْ : إِنِّي لَمْ أَتَزَوَّجْهُ وَإِنَّهُمْ شُهُودُ زُورٍ فَزَوَّجَنِي مِنْهُ ، فَقَالَ عَلِيٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : شَاهِدَاكَ زَوْجَاكَ وَأَمْضِي عَلَيْهَا النِّكَاحَ ، وَلَأنَّهُ قَضَى بِأَمْرِ اللَّهِ تَعَالَى بِحُجَّةٍ شَرْعِيَةٍ فِيمَا لَهُ وَلَايَةُ الْإِنْشَاءِ فَيَجْعَلُ الْإِنْشَاءَ تَحْرِزًا عَنِ الْحَرَامِ ، وَحَدِيثُهُمَا فِي الْمَالِ صَرِيحٌ وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ ، فَإِنَّ قَضَاءَ الْقَاضِي فِي الْأَمْلاكَ الْمُرْسَلَةَ لَا يَنْفِذُ بِشَهَادَةِ الزُّورِ بِهَذَا الْحَدِيثِ ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ - وَرَوَى أَنَّهَا نَزَلَتْ فِيهِ ، وَلَأنَّ الْقَاضِي لَا يَمْلِكُ إِثْبَاتَ الْمَلِكِ بِدُونِ السَّبَبِ ، فَانْه لَا يَمْلِكُ دَفْعَ مَالِ زَيْدٍ إِلَى عَمْرٍو . أَمَّا الْعُقُودُ وَالْفُسُوحُ فَانْه يَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ هُمَا فَانْه يَمْلِكُ بَيْعَ أُمَّةِ زَيْدٍ وَغَيْرِهَا مِنْ عَمْرٍو حَالِ غَيْبَتِهِ وَخَوْفِ الْهَلَاكِ فَانْه يَبِيعُهُ لِلْحِفْظِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ مَاتَ وَلَا وَصَّى لَهُ ، وَيَمْلِكُ الْإِنْشَاءَ النِّكَاحَ عَلَى الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْفَرْقَةِ فِي الْعَنِينَ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَثَبَّتَ أَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْإِنْشَاءِ فِي الْعُقُودِ وَالْفُسُوحِ ، فَيَجْعَلُ الْقَضَاءُ الْإِنْشَاءَ احْتِرَازًا عَنِ الْحَرَامِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ فِي الْأَمْلاكَ الْمُرْسَلَةَ بِغَيْرِ أَسْبَابٍ فَتَعَذَّرَ جَعْلُهُ الْإِنْشَاءَ فَبُطِلَ ، ثُمَّ نَقُولُ : لَوْ لَمْ يَنْفِذْ بَاطِنًا ، فَلَوْ قَضَى الْقَاضِي بِالطَّلَاقِ لَبَقِيَتْ حَلَالًا لِلزَّوْجِ الْأَوَّلِ بَاطِنًا وَلِلثَّانِي ظَاهِرًا ؛ وَلَوْ ابْتُلِيَ الثَّانِي بِمِثْلِ مَا ابْتُلِيَ بِهِ الْأَوَّلُ حَلَّتْ لِلثَّالِثِ أَيْضًا ، وَهَكَذَا رَابِعٌ وَخَامِسٌ ، فَتَحُلُّ لِلْكُلِّ فِي زَمَانٍ وَاحِدٍ ، وَفِيهِ مِنَ الْفَحْشِ مَا لَا يَنْخَفِي ؛ وَلَوْ قُلْنَا بِنَفَاذِهِ بَاطِنًا لَا تَحُلُّ إِلَّا لَوَاحِدٍ وَلَا فَحْشَ فِيهِ .

فصل

الأصل في وجوب الحبس قوله صلى الله عليه وسلم « لِيَّ الْوَاجِدُ ظَلَمَ يَحْلُ عَرْضُهُ وَعَقُوبَتُهُ » وَالْعُقُوبَةُ : الْحَبْسُ ، وَزَوَى ذَلِكَ عَنِ السَّلَفِ ، وَلَأنَّ الْقَاضِي نَصَبٌ لِإِصْالِ الْحَقُوقِ إِلَى أَرْبَابِهَا ، فَإِذَا امْتَنَعَ الْمَطْلُوبُ عَنِ الْأَدَاءِ فَعَلَى الْقَاضِي جَبْرُهُ عَلَيْهِ ، وَلَا يَجْبِرُهُ بِالضَّرْبِ إِجْمَاعًا فَتَعَيْنَ الْحَبْسُ . قَالَ (وَإِذَا ثَبَّتَ الْحَقُّ لِلْمُدَّعِي وَسَأَلَهُ حَبْسَ غَرِيمِهِ لَمْ يَحْبِسْهُ) لِأَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ ظُلْمُهُ ، حَتَّى لَوْ كَانَ ظَهَرَ ظُلْمُهُ وَجَعُودُهُ عِنْدَ غَيْرِهِ حَبْسَهُ . قَالَ (وَأَمْرُهُ بِدَفْعِ

ما عليه ، فإن امتنع حبسه ، فإن أقر أنه معسر خلّى سبيله ، وإن قال المدعى : هو موسر وهو يقول : أنا معسر ، فإن كان القاضي يعرف يساره ، أو كان الدين بدّل مال كالثمن والقرض ، أو التزمه كالمهر والكفالة وبّدّل الخلع ونحوه حبسه ، ولا يحبس في سوا ذلك إذا ادعى الفقر ، إلا أن تقوم البينة أن له مالا فيحبسه ، فإذا حبسه مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال أظهره ، وسأل عن حاله فلم يظهر له مال خلّى سبيله ، وإن قامت البينة على يساره أبد حبسه ، ويحبس الرجل في نفقة زوجته ، ولا يحبس والد في دين ولده إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه .

ما عليه ، فإن امتنع حبسه) لأنه ظهر ظلمه ، وهذا إذا ثبت حقه بالإقرار ، أما إذا ثبت بالبينة حبسه أول مرة ، لأن البينة لا تكون إلا بعد الجحد فيكون ظالما ، ولا يسأله القاضي : ألك مال ؟ ولا من المدعى إلا أن يطلب المدعى عليه من القاضي أن يسأل المدعى فيسأله (فإن أقر أنه معسر خلّى سبيله) لأنه استحق الإنظار بالنص ولا يمنعه من الملازمة (وإن قال المدعى هو موسر ، وهو يقول أنا معسر ، فإن كان القاضي يعرف يساره ، أو كان الدين بدل مال كالثمن والقرض ، أو التزمه كالمهر والكفالة وبّدّل الخلع ونحوه حبسه) لأن الظاهر بقاء ما حصل في يده والتزامه بدّل على القدرة (ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا ادعى الفقر) لأنه الأصل ، وكذلك مثل ضمان المتلفات وأروش الخنايات ونفقة الأقارب والزوجات وإعتاق العبد المشترك (إلا أن تقوم البينة أن له مالا فيحبسه) لأنه ظالم (فإذا حبسه مدة يغلب على ظنه أنه لو كان له مال أظهره وسأل عن حاله ، فلم يظهر له مال خلّى سبيله) لأن الظاهر إعساره فيستحق الإنظار ، وكذلك الحكم لو شهد شاهدان بإعساره ، وتقبل بينة الإعسار بعد الحبس بالإجماع وقبله لا . والفرق أنه وجد بعد الحبس قرينة ، وهو تحمل شدة الحبس ومضايقه وذلك دليل إعساره ، ولم يوجد ذلك قبل الحبس ، وقيل تقبل في الحالتين (وإن قامت البينة على يساره أبد حبسه) لظلمه .

واختلفوا في مدة الحبس ، قيل شهرين أو ثلاثة ، وبعضهم قدره بشهر ، وبعضهم بأربعة وبعضهم بستة . والصحيح ما ذكرت لك أولا ، لأن الناس يختلفون في احتمال الحبس ويتفاوتون تفاوتاً كثيراً فيفوض إلى رأى القاضي . قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه حق مستحق عليه وقد منعه فيحبس لظلمه (ولا يحبس والد في دين ولده) وكذا الأجداد والجدات لأنه ليس مصاحبة بالمعروف وقد أمر بها (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه

فصل

يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ ، وَفِي النِّكَاحِ
وَالدِّينِ وَالْغَضَبِ وَالْأَمَانَةِ الْمَجْحُودَةِ وَالْمُضَارَبَةِ وَفِي النَّسَبِ وَفِي الْعَقَارِ ،
وَلَا يَقْبَلُ فِي الْمَنْقُولَاتِ ؛ وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَقْبَلُ فِي جَمِيعِ الْمَنْقُولَاتِ ،
وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ،

لأن في ترك الإنفاق عليه هلاكه ، كما لو صال الأب على الولد فلولد دفعه بالقتل ؛
وإذا مرض المحبوس ، فإن كان له من يخدمه في الحبس لم يخرج به ، وإلا أخرجه لئلا يهلك ؛
وإذا امتنع الخصم من الحضور عزره القاضي بما يرى من ضرب أو صفع أو حبس أو تعبيس
وجهه على ما يراه .

فصل

(يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في كل حق لا يسقط بالشبهة) للحاجة إلى ذلك ،
وهو العجز عن الجمع بين الخصوم والشهود ، بخلاف ما يسقط بالشبهة كالحدود والقصاص
لشبهة البدلية ؛ والأصل في الجواز أن الكتاب يقوم مقام عبارة المكتوب عنه وخطابه ،
بدلالة أن كتاب الله تعالى إلى رسوله قام مقام خطابه له في الأمر والنهي وغيرهما ؛ وكذلك
كتب رسوله عليه الصلاة والسلام إلى ملك الفرس والروم وإلى نوابه في البلاد قامت مقام
خطابه لهم ، حتى وجب عليهم ما أمرهم به في كتبه كما وجب بخطابه ؛ وإذا ثبت هذا
فنقول : كتاب القاضي إلى القاضي كخطابه له ، ولو خاطبه بذلك وأعلمه صح ،
فكذلك كتابه ، وهو أن يشهد الشهود عند القاضي أن لهذا على فلان الغائب كذا ، فيكتب
القاضي إلى القاضي الذي الخصم في بلده ، وهو نقل الشهادة ، ولهذا يحكم المكتوب إليه
برأيه ، ولو كانت الشهادة على حاضر حكم عليه وكتب بحكمه ، وهو السجل (و) يكتب
(في النكاح والدين والغضب والأمانة المجحودة والمضاربة) لأن ذلك دين يعرف بالوصف
(وفي النسب) لأنه يعرف بذكر الأب والجد والقبيلة وغير ذلك (وفي العقار) لأنه يعرف
بالحدود (ولا يقبل في المنقولات) لأنه يحتاج فيها إلى الشهادة للإشارة (وعن محمد أنه
يقبل في جميع المنقولات ، وعليه الفتوى) للحاجة إليه ، ويمكن تعريفه بأوصافه ومقداره
وغير ذلك . وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لكثرة إبقائه دونها . وعنه أنه
يقبل فيهما ؛ وصورته : أن يكتب أنهم شهدوا عنده أن عبدا لفلان ويذكر اسمه وحليته

وَلَا يَقْبَلُ إِلَّا بَيِّنَةً أَنَّهُ كِتَابُ فَلَانِ الْقَاضِي ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكْتُبَ إِلَى مَعْلُومٍ
فَإِنْ شَاءَ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ : وَإِلَى كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قَضَاةِ الْمُسْلِمِينَ
وَالْأَفْلَا ، وَيَقْرَأُ الْكِتَابَ عَلَى الشُّهُودِ ، وَيُعَلِّمُهُمْ بِمَا فِيهِ ، وَيَخْتِمُهُ
بِحَضْرَتِهِمْ وَيَحْفَظُوا مَا فِيهِ ، وَتَكُونُ أَسْمَاؤُهُمْ دَاخِلَ الْكِتَابِ بِالْأَبِ وَالْجَدِّ ،
وَأَبُو يُوسُفَ لَمْ يَشْتَرِطْ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ لَمَّا ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ وَاخْتَارَهُ السَّرْحَسِيُّ
وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْعِيَانِ ، فَازَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ نَظَرَ فِي خَتَمِهِ ،
فَازَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فَلَانِ الْقَاضِي سَلَّمَ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ ، وَقَرَأَهُ
عَلَيْنَا وَخَتَمَهُ وَفَتَحَهُ وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ وَالزَّمَمَهُ مَا فِيهِ وَلَا يَقْبَلُهُ إِلَّا
بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ ،

وجنسه آبق منه وقد أخذه فلان . قال (ولا يقبل إلا بينة أنه كتاب فلان القاضي) لأنه
للإلزام ، ولا إلزام بدون البينة ، ولأن الخط يشبه الخط ، والبينة تعينه ، ويكتب اسم
المدعى والمدعى عليه وينسبهما إلى الأب والجد والفخذ والقبيلة ، أو إلى الصناعة ، وإن
لم يذكر الجد لم يجز إلا عند أبي يوسف ، وإن كان في الفخذ مثله في النسب لم يجز ،
ولا بد من ذكر شيء يخصه ويعينه حتى يزول الالتباس (ولا بد أن يكتب إلى معلوم)
بأن يقول من فلان ابن فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان (فإن شاء قال بعد ذلك
وإن كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، وإلا فلا) حتى يصير المكتوب إليه معروفا
والباقي يكون تبعا (ويقرأ الكتاب على الشهود ويعلمهم بما فيه) ليعلموا بما يشهدون (ويختمه
بحضرتهم ويحفظوا ما فيه) حتى لو شهدوا أنه كتاب فلان القاضي وختمه ولم يشهدوا بما
فيه لا تقبل ، لأن الختم يشبه الختم ، فتي كان في يد المدعى يتوهم التبديل (وتكون أَسْمَاؤُهُمْ
داخل الكتاب بالأب والجد) لنفي الالتباس (وأبو يوسف لم يشترط شيئا من ذلك لما
ابتلى بالقضاء) تسهلا على الناس (واختاره السرخسي ، وليس الخبر كالعيان) قال
أبو بكر الرازي : ولو كتب من فلان ابن فلان ابن فلان إلى كل من يصل إليه من قضاة
المسلمين وحكامهم ينبغى لكل من ورد الكتاب عليه من القضاة أن يقبله ، لأن الخطاب
جائز لقوم مجهولين ، فإن رسول الله عليه الصلاة والسلام كتب إلى الآفاق ودعاهم إلى
الاسلام ولم يعرفهم ، وكذلك أمرنا ونهانا وكنا مجهولين عنده وصح خطابه ولزمنا والقضاة
اليوم عليه ، وينبغي أن يكون داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب والمكتوب إليه ، وعلى
العنوان أيضا ، فلو كان على العنوان وحده لم تقبل خلافا لأبي يوسف ، لأر ما ليس تحت
الختم متوهم التبديل . قال (فاذا وصل إلى القاضي المكتوب إليه نظر في ختمه ، فاذا شهدوا
أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقراه علينا وختمه وفتحه وقراه على
الخصم وألزمه ما فيه) لثبوت الحق عليه (ولا يقبله إلا بحضرة الخصم) لأنه للإلزام

فإن مات الكاتب ، أو عزل ، أو خرج عن أهلية القضاء قبل وصول كتابه بطل ، وإن مات المكتوب إليه بطل ، إلا أن يكون قال بعد اسمه : وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، وإن مات الخصم نفذ على ورثته ، وإن لم يكن الخصم في بلد المكتوب إليه وطلب الطالب أن يسمع بيئته ويكتب له كتابا إلى قاضي البلد الذي فيه خصمه كتب له ، ويكتب في كتابه نسخة الكتاب الأول أو معناه .

فصل

حكما رجلا ليحكم بينهما جاز (ف) ، ولا يجوز التحكيم فيما يسقط بالشبهة ،

كالشهادة لا يسمعها إلا بحضرة الخصم ، ولا يفتحه إلا بحضرته . وقيل يجوز لأنه ثبت بحضوره فلا حاجة إليه حالة الفتح . قال (فإن مات الكاتب أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء) بأن جن أو أغمى عليه أو غير ذلك (قبل وصول كتابه بطل) لأن الكتاب كالحطاب حالة وصوله وهو بالموت خرج عن أهلية الخطاب ، وبالعزل وغيره صار كغيره من الرعايا (وإن مات المكتوب إليه بطل ، إلا أن يكون قال بعد اسمه : وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين) لما بينا (وإن مات الخصم نفذ على ورثته) لقيامهم مقامه (وإن لم يكن الخصم في بلد المكتوب إليه وطلب الطالب أن يسمع بيئته ويكتب له كتابا إلى قاضي البلد الذي فيه خصمه كتب له) للحاجة إليه (ويكتب في كتابه نسخة الكتاب الأول أو معناه) ليكتب بما ثبت عنده .

فصل

(حكما رجلا ليحكم بينهما جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما حتى كان كالقاضي في حقهما والمصالح في حق غيرهما ، لأن غيرهما لم يرض بحكمه ، وليس له عليه ولاية بخلاف القاضي . وصورته : إذا رد المشتري المبيع على البائع بعيب بالتحكيم لا يملك الرد على بائعه لما ذكرنا ، وكذلك إذا حكما في قتل خطأ فحكمه بالدية على العاقلة لا يلزمهم لعدم ولايته عليهم (ولا يجوز التحكيم فيما يسقط بالشبهة) كالحدود والقصاص لأنه لا ولاية لهما على دمهما حتى لا يباح باباحتهما . وقيل يجوز في القصاص لأنهما يملكان تفويضه إلى غيرهما ، والحدود حق الله تعالى فلا يجوز ، ويجوز في تضمين السرقة دون القطع

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْقَضَاءِ ، وَلَهُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ وَيَقْضِيَ
بِالنُّكُولِ وَالْإِقْرَارِ ، فَإِذَا حُكِمَ لَزِمَهُمَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرُّجُوعُ قَبْلَ
الْحُكْمِ ، وَإِنْ رُفِعَ حُكْمُهُ إِلَى قَاضٍ أَمْضَاهُ إِنْ وَافَقَ مَذْهَبَهُ ، وَأَبْطَلَهُ
إِنْ خَالَفَهُ ، وَلَا يَجُوزُ حُكْمُهُ لِمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ .

كتاب الحجر

وَأَسْبَابُهُ : الصَّغَرُ وَالْجُنُونُ وَالرَّقُّ ، وَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُ الْمَجْنُونِ وَالصَّبِيِّ
الَّذِي لَا يَعْقِلُ أَصْلًا ، وَتَصَرُّفُ الَّذِي يَعْقِلُ إِنْ أَجَازَهُ وَلِيُّهُ ، أَوْ كَانَ أذنَ
لَهُ يَجُوزُ ، وَالْعَبْدُ كَالصَّبِيِّ الَّذِي يَعْقِلُ ، وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ لَا يَصِحُّ
عُقُودُهُمَا وَإِقْرَارُهُمَا وَطَلَاقُهُمَا وَعَتَاقُهُمَا ،

(ويشترط أن يكون من أهل القضاء) لأنه يلزمهما حكمه كالقاضي وتعتبر أهليته وقت
الحكم والتحكيم جميعا (وله أن يسمع البينة ويقضي بالنكول والإقرار) لأنه حكم شرعي
(فإذا حكم لزمهما) لولايته عليهما (ولكل واحد منهما الرجوع قبل الحكم) لأنه إنما
ولى الحكم عليهما برضاها ، فإذا زال الرضا زالت الولاية كالقاضي مع الإمام (وإن
رفع حكمه إلى قاض أمضاه وإن وافق مذهبه) لعدم الفائدة في نقضه (وأبطله إن خالفه)
لأنه لا ولاية له عليه ، فلا يلزمه إنفاذ حكمه ، بخلاف القاضي لأن ولايته عامة (ولا يجوز
حكمه لمن لا تقبل شهادته له) للهمة ، والله أعلم .

كتاب الحجر

وهو في اللغة : مطلق المنع ، ومنه حجر الكعبة لأنه منع من الدخول فيها ، وسمى الحرام
حجرا لأنه ممنوع من التصرف فيه . وفي الشرع : المنع عن أشياء مخصوصة بأوصاف
مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى (وأسبابه : الصغر والجنون والرق) لأن الصغير
والجنون لا يهتديان إلى المصالح ولا يعرفانها فناسب الحجر عليهما ، والعبد تصرفه نافذ على
مولاه فلا ينفذ إلا بأذنه . قال (ولا يجوز تصرف المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلا)
لعدم الأهلية (وتصرف الذي يعقل إن أجازه وليه أو كان أذن له يجوز) لأن الظاهر أن
الولي ما أجاز ذلك إلا لمصلحة راجحة نظرا له وإلا لما أجاز (والعبد) مع مولاه (كالصبي
الذي يعقل) مع وليه ، لأن الحق للمولى فإذا أجازه جاز . قال (والصبي والمجنون لا يصح
عقودهما وإقرارهما وطلاقهما وعتاقهما) قال عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع

وَأَنْتَلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا ، وَأَقْوَالُ الْعَبْدِ نَافِذَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ ، فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ عِتْقِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قَصَاصٍ أَوْ طَلَاقٍ لَزِمَهُ فِي الْحَالِ ، وَبُلُوغُ الْغُلَامِ بِالْإِحْتِلَامِ ، أَوْ الْإِحْبَالِ ، أَوْ الْإِنْزَالِ ، أَوْ بُلُوغُ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً (سَم) . وَالْجَارِيَةُ بِالْإِحْتِلَامِ ، أَوْ الْحَيْضِ ، أَوْ الْحَبْلِ ، أَوْ بُلُوغِ سَبْعَ عَشْرَةَ سَنَةً (سَم) ؛

إِلَّا طَلَاقُ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ « وَالْعِتْقُ تَمْحُضُ ضُرًّا ، وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ وَلَيْسَا مِنْ أَهْلِهِ ، وَكَذَلِكَ الْإِقْرَارُ لِمَا فِيهِ مِنَ الضَّرَرِ ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْعُقُودِ لِرَجْحَانِ جَانِبِ الضَّرَرِ نَظَرًا إِلَى سَفَهِهِمَا وَقِلَّةِ مَبَالَتِهِمَا وَعَدَمِ قَصْدِهِمَا الْمَصَالِحَ . قَالَ (وَإِنْ أَنْتَلَفَا شَيْئًا لَزِمَهُمَا) إِحْيَاءُ لِحَقِّ الْمُتْلَفِ عَلَيْهِ ، وَالضَّمَانُ يَجِبُ بِغَيْرِ قَصْدٍ كَجُنَايَةِ النَّائِمِ وَالْحَائِظِ الْمُسَائِلِ ، وَلِأَنَّ الْإِتْلَافَ مَوْجُودٌ حَسًّا وَهُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ ، فَلَا يَرُدُّ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقَصَاصِ ، فَيَجْعَلُ عَدَمَ الْقَصْدِ شَبَهَةً ، وَيَنْقَلِبُ الْقَتْلُ فِي الْعَمْدِ إِلَى الدِّيَةِ عَلَى مَا يَعْرِفُ فِي بَابِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَأَقْوَالُ الْعَبْدِ نَافِذَةٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ) لِأَهْلِيَّتِهِ (فَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَزِمَهُ بَعْدَ عِتْقِهِ) لِعَجْزِهِ فِي الْحَالِ وَصَارَ كَالْمُعْسَرِ (وَإِنْ أَقَرَّ بِحَدٍّ أَوْ قَصَاصٍ أَوْ طَلَاقٍ لَزِمَهُ فِي الْحَالِ) لِأَنَّهُ فِي حَقِّ الدِّمِ مَبْتَقٍ عَلَى أَصْلِ الْحَرِيَّةِ ، وَلِهَذَا لَا يَنْفِذُ إِقْرَارُ الْمَوْلَى عَلَيْهِ بِذَلِكَ وَلَا يَسْتَبَاحُ بِإِبَاحَتِهِ ؛ وَأَمَّا الطَّلَاقُ فَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ إِلَّا الطَّلَاقَ » وَلِأَنَّهُ أَهْلٌ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْمَوْلَى فَيَقَعُ . قَالَ (وَبُلُوغُ الْغُلَامِ بِالْإِحْتِلَامِ أَوْ الْإِحْبَالِ ، أَوْ الْإِنْزَالِ ، أَوْ بُلُوغِ ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً . وَالْجَارِيَةُ بِالْإِحْتِلَامِ ، أَوْ الْحَيْضِ ، أَوْ الْحَبْلِ ، أَوْ بُلُوغِ سَبْعَةِ عَشْرَةَ سَنَةً) لِأَنَّ حَقِيقَةَ الْبُلُوغِ بِالْإِحْتِلَامِ وَالْإِنْزَالِ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ وَحَالِمَةٍ دِينَارًا » أَيْ بَالِغٍ وَبَالِغَةٍ ، وَالْحَبْلُ وَالْإِحْبَالُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِهِ ، وَالْحَيْضُ عَلَامَةُ الْبُلُوغِ أَيْضًا ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا صَلَاةَ لِحَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » أَيْ بَالِغٍ ؛ وَأَمَّا الْبُلُوغُ بِالسِّنِّ فَلَمَذْكُورُ مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : بُلُوغُهُمَا بِتِمَامِ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً لِأَنَّهُ الْمَعْتَادُ الْغَالِبُ . وَعَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ « عَرَضْتُ عَلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّتْنِي ، وَعَرَضْتُ عَلَيْهِ فِي السَّنَةِ الثَّانِيَةِ فَأَجَازَنِي » وَلَهُ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ - . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : ثَمَانِي عَشْرَةَ سَنَةً ، وَهِيَ أَقَلُّ مَا قِيلَ فِيهِ ، فَأَخَذْنَا بِهِ احتياطًا ، هَذَا أَشَدُّ الصَّبِيِّ ، فَأَمَّا أَشَدُّ الرَّجُلِ فَأَرْبَعُونَ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى - حَتَّى إِذَا بَلَغَ أَشُدَّهُ وَبَلَغَ أَرْبَعِينَ سَنَةً - وَالْأُنْثَى أَسْرَعُ بُلُوغًا فَتَقْصِنَاهَا سَنَةً ؛ فَأَمَّا الْحَدِيثُ فَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَانَ يُجِيزُ غَيْرَ الْبَالِغِ ، فَانْهَ رَوَى « أَنَّ رَجُلًا عَرَضَ عَلَى النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ابْنَهُ فَرَدَّهُ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَتَرُدُّ ابْنِي وَتَجِيزُ رَافِعًا وَابْنِي يَصْرَعُ رَافِعًا ؟ فَأَمَرَهُمَا فَاصْطَرَعَا فَصَرَعَهُ فَأَجَازَهُ » . وَأَدْنَى مَدَّةٍ يَصْدُقُ الْغُلَامُ

وَإِذَا رَاهِقًا وَقَالَ بَلَّغْنَا صَدَقًا ، وَلَا يُحْجَرُ عَلَى (سَم) الْحُرِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ وَإِنْ كَانَ سَفِيهَا يُنْفِقُ مَالَهُ فِيمَا لَمْ يَصْلَحْ لَهُ فِيهِ ، ثُمَّ إِذَا بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ لَا يُسَلِّمُ إِلَيْهِ مَالَهُ ،

فِيهَا عَلَى الْبُلُوغِ اثْنَا عَشْرَةَ سَنَةً ، وَالْحَارِيَّةُ تَسَعُ سَنِينَ ، وَقِيلَ غَيْرَ ذَلِكَ ، وَهَذَا هُوَ الْمُخْتَارُ (وَإِذَا رَاهِقًا وَقَالَ بَلَّغْنَا صَدَقًا) لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَعْرِفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِمَا ، فَيَصْدَقَانِ فِيهِ إِذَا احْتَمَلَ الصَّدَقَ . قَالَ (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الْحُرِّ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ ، وَإِنْ كَانَ سَفِيهَا يُنْفِقُ مَالَهُ فِيمَا لَمْ يَصْلَحْ لَهُ فِيهِ) وَقَالَ : نَحْجَرُ عَلَيْهِ وَيَمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ نَظَرًا لَهُ ، لِأَنَّا حَجَرْنَا عَلَى الصَّبِيِّ لِاحْتِمَالِ التَّبْذِيرِ ، فَلَأَن نَحْجَرُ عَلَى السَّفِيهِ مَعَ تَيَقُّنِهِ كَانَ أَوْلَى ، وَلِهَذَا يَمْنَعُ عَنْهُ مَالَهُ وَلَا فَائِدَةٌ فِيهِ بِدُونِ الْحَجْرِ ، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ التَّبْذِيرُ بِمَا يَعْقِدُهُ مِنَ الْبَيَاعَاتِ الظَّاهِرَةِ الْخُسْرَانِ ، وَقَدْ رَوَى « أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بَاعَ عَلَى مَعَاذِ مَالِهِ وَقَضَى دِيُونَهُ » وَبَاعَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَالَ أُسَيْفٍ جَهِينَةً لِسَفْهِهِ . وَلَأَبِي حَنِيفَةَ مَارَوَى « أَنَّ حَبَانَ بْنَ مَنْقَذٍ كَانَ يَغْبِنُ فِي الْبَيَاعَاتِ فَطَلَبَ أَوْلِيَائُوهُ مِنَ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الْحَجْرَ عَلَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ : إِذَا ابْتَعْتَ فَقُلْ لِاخْلَابَةِ وَلِي الْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَلَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ » وَلِأَنَّهُ مُخَاطَبٌ فَلَا يُحْجَرُ عَلَيْهِ كَالرَّشِيدِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَدْفَعُ الضَّرَرَ عَنْهُ بِالْحَجْرِ فَانْهَ يَقْدِرُ عَلَى إِتْلَافِ أَمْوَالِهِ بِتَزْوِيجِ الْأَرْبَعِ وَتَطْلِيقِهِنَّ قَبْلَ الدَّخُولِ وَبَعْدَهُ فِي كُلِّ يَوْمٍ وَوَقْتُ ، وَلَا مَعْنَى لِلْحَجْرِ عَلَيْهِ لِدَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ ، وَلَا يَنْدَفِعُ ، وَلِأَنَّ الْحَجْرَ عَلَيْهِ إِهْدَارٌ لِأَدَمِيَّتِهِ وَإِلْحَاقٌ لَهُ بِالْبَهَائِمِ ، وَضَرَرُهُ بِذَلِكَ أَكْثَرُ مِنْ ضَرَرِهِ بِالتَّبْذِيرِ وَإِضَاعَةِ الْمَالِ ، وَهَذَا مِمَّا يَعْرِفُهُ ذَوُو الْعُقُولِ وَالنَّفُوسِ الْأَيُّمَةُ ، وَلَا يَجُوزُ تَحْمِيلُ الضَّرَرِ الْأَعْلَى لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْأَدْنَى حَتَّى لَوْ كَانَ فِي الْحَجْرِ عَلَيْهِ دَفْعُ الضَّرَرِ الْعَامِّ جَازٌ كَالْمَقْتِي الْمَسَاجِنِ ، وَالطَّبِيبِ الْجَاهِلِ ، وَالْمُكَارِي الْمَفْلِسِ لِعُمُومِ الضَّرَرِ مِنَ الْأَوَّلِ فِي الْأَدْيَانِ ، وَمِنَ الثَّانِي فِي الْأَبْدَانِ ، وَمِنَ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْوَالِ . وَأَمَّا حَدِيثُ مَعَاذِ قُلْنَا : إِنَّمَا بَاعَ مَالَهُ بِرِضَاهِ ، لِأَنَّ مَعَاذًا لَمْ يَكُنْ سَفِيهَا ، وَكَيْفَ يَظُنُّ بِهِ ذَلِكَ وَقَدْ اخْتَارَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِلْقَضَاءِ وَفَصَلَ الْحُكْمَ ، وَكَذَلِكَ يَبِيعُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَقِيلَ كَانَ يَبِيعُ الدِّرَاهِمَ بِالْدَنَانِيرِ وَأَنَّهُ جَائِزٌ ، وَالْحَجْرُ عَلَيْهِ أَبَاحٌ عَقُوبَةً مِنْ مَنَعَ الْمَالَ فَلَا يَقَاسُ عَلَيْهِ ، وَمَنَعَ الْمَالَ عَنْهُ مُفِيدٌ لِأَنَّ غَالِبَ السَّفْهِ يَكُونُ فِي الْهَبَاتِ وَالنَّفَقَاتِ فِيمَا لَمْ يَصْلَحْ فِيهَا ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِالْيَدِ ؛ وَإِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ الْقَاضِي وَرَفَعَ إِلَى قَاضٍ آخَرَ فَأَبْطَلَهُ جَازٌ ، لِأَنَّ الْقَضَاءِ الْأَوَّلَ مُخْتَلَفٌ فِيهِ وَلَا قَضَاءَ فِي مُخْتَلَفٍ فِيهِ ، فَلَوْ أَمْضَاهُ الثَّانِي ثُمَّ رَفَعَ إِلَى ثَالِثٍ لَا يَنْقُضُهُ ، لِأَنَّ الثَّانِي قَضَى فِي مُخْتَلَفٍ فِيهِ فَلَا يَنْقُضُ ، ثُمَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ : إِنْ كَانَ مَبْذُورًا اسْتَحَقَّ الْحَجْرَ فَيَنْفِذُ تَصَرُّفَهُ مَا لَمْ يُحْجَرْ عَلَيْهِ الْقَاضِي ، فَإِذَا صَلَحَ لَا يَنْطَلِقُ إِلَّا بِاطْلَاقِهِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : تَبْذِيرُهُ يُحْجَرُهُ وَإِصْلَاحُهُ يُطْلَقُهُ نَظَرًا إِلَى الْمَوْجِبِ وَزَوَالِهِ . وَلَأَبِي يُوسُفَ : أَنَّهُ فَصْلٌ مُجْتَهِدٌ فِيهِ فَلَا بَدْءَ مِنَ الْقَضَاءِ لِيَرْجَعَ بِهِ (ثُمَّ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ (إِذَا بَلَغَ غَيْرَ رَشِيدٍ لَا يُسَلِّمُ إِلَيْهِ مَالَهُ)

فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعِشْرِينَ سَنَةً سَلَّمَ إِلَيْهِ مَالُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُوْثِّنْ رُشْدُهُ (م) وَإِنْ تَصَرَّفَ فِيهِ قَبْلَ ذَلِكَ نَفَذَ ،

لعدم شرطه ، وهو إيناس الرشد بالنص (فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة سلم إليه ماله ، وإن لم يوثن رشده ، وإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ) وقالوا : لا يدفع إليه ماله حتى يوثن رشده بالنص ، ولا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع السفه ، فيبقى ببقائه . ولأبي حنيفة قوله تعالى - ولا تأكلوها إسرافاً وبداراً أن يكبروا - وهذا إشارة إلى أنه لا يمنع عنه إذا كبر ، وقدّره أبو حنيفة بهذه المدة ، لأن الغالب إيناس الرشد فيها ، ألا ترى أنه يصلح أن يكون جَدّاً . وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : ينهى لبّ الرجل إلى خمس وعشرين سنة ، وفسر الأشدّ بذلك في قوله تعالى - حتى يبلغ أشده - وتصرفه قبل ذلك نافذ ، لأن المنع عنه للتأديب لا للحجر ، فلهذا نفذ تصرفه فيه .

ثم نفرّع المسائل على قولهما فنقول : إذا حجر القاضي عليه صار في حكم الصبي ، إلا في أشياء فإنها تضحّ منه كالعاقل ، وهي : النكاح ، والطلاق ، والعتاق ، والاستيلاد ، والتدبير ، والوصية مثل وصايا الناس ، والإقرار بالحدود والقصاص ، لأنه من أهل التصرفات لكونه مخاطباً ، أما النكاح فهو من الحوائج الأصلية ، ويلزم بمثل مهر المثل لأنه لا غبن فيه ، ويبطل ما زاد عليه لأنه تصرف في المال وصار كالمریض المديون ، وإن كانت المرأة سفیهة فزوجت نفسها من كفاء بأقلّ من مهر المثل جاز ، فإن كان أقلّ بما لا يتغابن فيه الناس ولم يدخل بها يقال للزوج : إما أن تتمّ لها أو تفارقها ، لأن رضاها بالنقصان لم يصحّ ، ويخير الزوج لأنه ماضى بالزيادة ، وإن دخل بها لم يخير ووجب مهر المثل فلا فائدة في التخير . وأما الطلاق فلقوله عليه الصلاة والسلام « كلّ طلاق واقع إلا طلاق الصبيّ والمعتوه » ولأن كلّ من ملك النكاح وقع طلاقه والعتق لوجود الأهلية ، ويسعى العبد في قيمته لمكان الحجر عن التبرّعات بالمسأل ، إلا أن العتق لا يقبل الفسخ فقلنا بنفاذه ، ووجوب السعاية نظراً للجانبين . وعن محمد أنه لا يسعى . وأما التدبير فلاّنه يوجب حقّ العتق ، أو هو عتق من وجه ، فاعتبر بحقيقة العتق ، إلا أنه لا يسعى إلا بعد الموت ، فإذا مات ولم يوثن رشده سعى في قيمته مدبراً كأنه أعتقه بعد التدبير . وأما الاستيلاد فإن وطئها فولدت وادّعاه ثبت نسبه لحاجته إلى بقاء النسل فلا تسعى إذا مات ، وكذلك إن أقرّ أنها أمّ ولده ومعها ولد ، وإن لم يكن معها ولد سعت في قيمتها بعد الموت لأنه متهم في ذلك فصار كالعتق . وأما الوصية فالقياس أن لا تصحّ لأنها تبرّع وهبة ، لكننا استحسنا ذلك إذا كانت مثل وصايا الناس ، لأنها قرينة يتقرّب بها إلى الله تعالى وهو محتاج إليها سيما في هذه الحالة . وأما الإقرار بالحدود والقصاص ، فلأن الحجر عن التصرف في المسأل لا غير وهو عاقل بالغ فيصحّ إقراره فيما لا حجر عليه فيه ، ويلزمه

وَلَا يُحْجَرُ عَلَى الْفَاسِقِ ، وَلَا عَلَى الْمَدْيُونِ ، فَإِنْ طَلَبَ غُرْمَاؤُهُ حَبْسَهُ ، حَبْسَهُ حَتَّى يَبِيعَ وَيُوفَّى الدَّيْنَ ، فَإِنْ كَانَ مَالُهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ وَالْدَيْنُ مِثْلُهُ قَضَاهُ الْقَاضِي بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا دَرَاهِمَ وَالْآخَرُ دَنَانِيرَ أَوْ بِالْعَكْسِ بَاعَهُ الْقَاضِي فِي الدَّيْنِ ، وَلَا يَبِيعُ الْعُرُوضَ وَلَا الْعَقَارَ ، وَقَالَا : يَبِيعُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ،

حقوق الله تعالى من الزكاة والكفارات والحج لأنه مخاطب ، ولا حجر عن حقوق الله تعالى ، فتخرج عنه الزكاة بمحض من القاضي أو أمينه احترازا من أن يصرفها في غير مصرفها . وأما الكفارات فما للصوم فيه مدخل فيكفره بالصوم لا غير كإبْن السبيل المنقطع عن ماله ؛ ولو أعتق عن ظهاره نفذ العتق وسعى في قيمته ، ولا يجزيه عن الظهار لأنه عتق ببذل كالمریض المديون إذا أعتق عن ظهاره ثم مات يسعى العبد للغرماء ولا يجزيه ، وكذا سائر الكفارات ؛ ولو كفر بالصوم ثم صلح قبل تمامه فعليه أن يكفر لزوال العجز . وأما الحج فإن القاضي يسلم النفقة إلى ثقة في الحاج ينفقها عليه ، ولا يمنع من عمرة واحدة لوجوبها عند بعض العلماء ، ولا من القران لأنه أفضل وأثوب ، ولأنه لا يمنع من كل واحدة منهما على الانفراد ، فكذا على الاجتماع وبلى أولى لأنه أفضل ، وله أن يسوق البدنة لمكان الاختلاف ، فإن عمر رضى الله عنه فسر الهدى بالبدنة ، ويلزمه حقوق العباد إذا تحققت أسبابها عملا بالسبب ، وكذلك النفقة على زوجته وولده وذوى أرحامه ، لأن السفه لا يبطل حقوق العباد ، ولأن نفقة الزوجة والأولاد من الحوائج الأصلية . قال (ولا يحجر على الفاسق) أما عنده فظاهر ، وأما عندهما إن كان مصلحا لماله ، لقوله تعالى - فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا - الآية ، وقد أونس منه نوع رشد وهو إصلاح المال فيتناوله النص ، ولأن الحجر للفساد في المال لا في الدين ؛ ألا ترى أنه لا يحجر على الذمى والكفر أعظم من الفسق . قال (ولا) يحجر (على المديون) لما تقدم في الحجر على السفیه (فإن طلب غرماؤه حبسه حتى يبيع ويوفى الدين) على الوجه الذى بيناه في أدب القاضي (فإن كان ماله دراهم أو دنانير والدين مثله قضاه القاضي بغير أمره) لأن رب الدين له أخذه بغير أمره ، فالقاضي يعينه عليه (وإن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير أو بالعكس باعه القاضي في الدين) والقياس أنه لا يبيعه كالعروض لأنه نوع حجر . وجه الاستحسان أنهما كجنس واحد نظرا إلى الثمنية والمالية وعدم التعيين ، بخلاف العروض لأنها مباينة للديون من كل وجه ، والغرض يتعلق بعين العروض دون الأثمان فافترقا (ولا يبيع العروض ولا العقار) لأنه حجر عليه وهو تجارة لا عن تراض (وقالوا : يبيع وعليه الفتوى) وقال أبو يوسف ومحمد : إذا طلب الغرماء المفلس الحجر عليه حجر

وَأِنْ لَمْ يَظْهَرْ لِلْمُفْلِسِ مَالٌ فَالْحُكْمُ مَا مَرَّ فِي أَدَبِ الْقَاضِي ، وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَرْمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الْحَبْسِ يُلَازِمُونَهُ ، وَلَا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ ، وَيَأْخُذُونَ فَضْلَ كَسْبِهِ يَقْتَسِمُونَهُ بَيْنَهُمْ بِالْحَصَصِ

القاضي عليه ومنعه من التصرفات والإقرار حتى لا يضرّ بالغرماء نظرا لهم ، لأنه ربما ألجا ماله فيفوت حقهم ؛ ولا يمنع من البيع بمثل الثمن لأنه لا يبطل حق الغرماء ، ويبيع ماله إن امتنع المديون من بيعه وقسمه بين الغرماء بالحصص ، لأن إيفاء الدين مستحقّ عليه ، فيستحقّ عليه البيع لإيفائه ، فإذا امتنع باع القاضي عليه نيابة كالحبّ والعنة ، ولأبي حنيفة ما مرّ ؛ وجوابهما أن التلجئة متوهمة فلا يبتنى عليها حكم متيقن وقضاء الدين مستحقّ عليه ، لكن لانسلم تعيين البيع له ، بخلاف الحبّ والعنة ، وإنما يحبس ليوفي دينه بأيّ طريق شاء ، ثم التفريع على أصلهما أنه يباع في الدين النقود ، ثم العروض ، ثم العقار لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين ومراعاة المديون ، ويترك له ثياب بدنه دست أو دستان ، وإن أقرّ في حال الحجر بمال لزمه بعد قضاء الديون ، لأن هذا المال تعلق به حقّ الأولين ، ولأنه لو صحّ في الحال لما كان في الحجر فائدة حتى لو استفاد مالا بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأنه لم يتعلق به حقهم ، ولو استهلك مالا لزمه في الحال لأنه مشاهد لارادّ له ، وينفق من ماله عليه وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه ، لأنها من الحوائج الأصلية وأنها مقدّمة على حقهم ، ولو تزوّج امرأة فهي في مهر مثلها أسوة بالغرماء . قال (وإن لم يظهر للمفلس مال ، فالحكم ما مرّ في أدب القاضي) إلى أن قال خلى سبيله . قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس يلازمونه ولا يمنعون من التصرف والسفر ، يأخذون فضل كسبه يقتسمونه بينهم بالحصص) قال عليه الصلاة والسلام « لصاحب الحقّ اليد واللسان » أي اليد بالملازمة ، واللسان بالاقتضاء . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا فلسه القاضي حال بينه وبين الغرماء ، إلا أن يقيموا البينة أنه قد حصل له مال ، وهذا بناء على صحة القضاء بالإفلاس فيصحّ عندهما فيستحقّ الإنظار ، وعند أبي حنيفة لا يصحّ لأن الإفلاس لا يتحقق ، فإن المال غاد ورائح ، ولأن الشهادة البينة أنه قد حصل له مال ، وهذا فلا تقبل ، ولأن الشهود لا يتحققون باطن أحوال الناس وأمورهم ، فربما له مال لا يطلع عليه أحد قد أخفاه خوفا من الظلمة واللصوص وهو يظهر الفقر والعسرة ، فإذا لازموه فربما أضجروه فأعطاهم ، والملازمة أن يدور معه حيث دار ، ويجلس على بابه إذا دخل بيته ، وإن كان المديون امرأة لا يلازمها حذارا من الفتنة ويبعث امرأة أمينة تلازمها ، وبينة اليسار مقدّمة على بينة الإعسار لأنها مثبتة إذ الأصل الإعسار .

كتاب المأذون

وَيَثْبُتُ بِالصَّرِيحِ وَبِالدَّلَالَةِ (ز) كَمَا لَوْ رَأَاهُ يَبِيعُ وَيَشْتَرِي فَسَكَتَ ،
وَسَوَاءٌ كَانَ الْبَيْعُ لِلْمَوْلَى أَوْ لِغَيْرِهِ بِأَمْرِهِ أَوْ بِغَيْرِ أَمْرِهِ صَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا ،
وَيَصِيرُ مَأْذُونًا بِالْإِذْنِ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ ،

كتاب المأذون

الإذن في اللغة : الإعلام ، قال الله تعالى - وأذن في الناس بالحج - أى أعلم ، ومنه
الأذان ، لأنه إعلام بوقت الصلاة . وفي الشرع : فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان
ممنوعاً عنه شرعاً ، فكأنه أعلمه بفك الحجر عنه وإطلاق تصرفه ، وأعلم التجار بذلك
ليعاملوه ، وفائدته اهتداء الصبي والعبد إلى إصدار التصرفات واكتساب الأموال واستجلاب
الأرباح ، وقد ندب الله تعالى إلى ذلك بقوله - وابتلوا اليتامى - أى اختبروهم بشيء
تدفعونه إليهم ليتصرفوا فيه فتنظروا في تصرفهم ، والدليل على جوازه ما روى « أن النبي
عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك » ولا يجوز إجابة دعوة المحجور عليه ، فدل
على جواز الإذن وعليه الإجماع ، ثم العبد بالإذن يصير كالأحرار في التصرفات لأنه كان
مالكا للتصرفات بأهليته بأصل الفطرة باعتبار عقله ونطقه الذى هو ملاك التكليف ،
والحجر عليه إنما كان لحق المولى لاحتمال لحوق الضرر به بتعلق الدين برقبته أو بكسبه ،
وكل ذلك ملك المولى ، فإذا أذن له فقد رضى بتصرفه فيتصرف باعتبار ملكيته الأصلية ،
ولهذا قلنا إنه لا يتوقف ، لأن الإسقاطات لا تتوقف حتى لو أذن له يوماً أو شهراً كان
مأذوناً مطلقاً ما لم ينه ، وكذلك إذن القاضى والوصى لعبد اليتيم ، وكذلك للصبي الذى
يعقل ، فإن الحجر عليه إنما كان خوفاً من سوء تصرفه وعدم هدايته للأصلح ، فاذنهما
لهما دليل صلاحية التصرف فجاز تصرفه . قال (ويثبت بالصريح وبالدلالة كما لو رآه
يبيع ويشترى فسكت ، وسواء كان البيع للمولى أو لغيره بأمره أو بغير أمره صحيحاً
أو فاسداً) لأن سكوته عند هذه التصرفات دليل رضاه ، كسكوت الشفيع عند تصرف
المشتري . وقال زفر : لا يثبت بالدلالة لأن سكوته محتمل ، وصار كالوكيل . ولنا أن
الناس إذا رأوه يتصرف هذه التصرفات والمولى ساكت يعتقدون رضاه بذلك ، وإلا
لمنعه فيعاملونه معاملة المأذون ، فلو لم يعتبر سكوته رضى يفضى ذلك إلى الإضرار بهم ،
فوجب أن يكون سكوته رضى دفعا للضرر عنهم . قال (ويصير مأذوناً بالإذن العام
والخاص) فالعام أن يقول لعبده : أذنت لك في التجارة ، وأذنت لك في البيع والشراء ،

وَلَوْ أَذِنَ لَهُ بِشِرَاءِ طَعَامِ الْأَكْلِ وَثِيَابِ الْكِسْوَةِ لَا يَصِيرُ مَأْذُونًا ، وَلَلْمَأْذُونُ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ وَيُؤْكَلَ وَيُبْذَرَ وَيُضَارَبَ وَيُعِيرَ وَيَرْهَنَ وَيَسْتَرْهِنَ وَيُؤَجَّرَ وَيَسْتَأْجَرَ وَيُسَلِّمَ وَيَقْبَلَ السَّلَامَ وَيُزَارِعَ وَيَشْتَرِيَ طَعَامًا وَيُزْرِعَهُ وَيُشَارِكَ عِنَانًا ، وَلَوْ أَقْرَبَ بَدَيْنَ أَوْ غَضَبَ أَوْ وَدِيعَةَ جَارٍ ، وَلَا يَتَزَوَّجُ ،

ولا يقيد به بشيء ، لأن ذلك عام فيتناول جميع الأنواع ، وكذلك إذا قال : أدّ إلى الغلة ، أو إن أدّيت إلى ألفا فانت حرّ لأنه لا قدرة على ذلك إلا بالكسب ولا كسب إلا بالتجارة ويجوز تصرفه بالغبن وقالوا : لا يجوز إذا كان غنبا فاحشا لأن الزيادة بمنزلة التبرّع . وله أنه يتصرف بأهليته كالحرّ وهذه تجارة فتجوز ، والصبي المأذون على هذا الخلاف ، والخاص أن يأذن له في التجارة في نوع خاص بأن يقول له أذنت لك في البرّ أو في الصرف أو في الحياطة أو في الصياغة ، فانه يصير مأذونا في جميع التجارات والحرف ، وكذلك إذا نهاه عن التجارة في نوع خاص ، وكذلك لو قال : أذنت لك في التجارة في البرّ دون البحر . وقال زفر : يختصّ بما قيده به لأنه يستفيد التصرف بأذنه كالوكيل . ولنا ما بينا أنه فك الحجر ورفع السبب الذي كان لأجله محجورا فبعده يتصرف لنفسه بأهليته كما بعد الكتابة ، وفك الحجر يوجد بالإذن في نوع واحد ، لأن الضرر الذي يلحق بالمولى لا يتفاوت بين نوع ونوع فيلغو التقييد ويبقى قوله اتجر ، وليس كالوكيل لأنه يصحّ بقوله أذنت لك في التجارة ، ولا يصحّ التوكيل به لأنه مجهول . أما رفع الحجر إسقاطه ، والجهالة لا تبطله ولا يرجع على العبد بالعهد في تصرفاته ويرجع على الوكيل ، ولو اقتصر على قوله أذنت لك صحّ ، وفي التوكيل لا يصحّ ، والصبي يتصرف لنفسه في ماله فلا يكون نائبا . قال (ولو أذن له بشراء طعام الأكل وثياب الكسوة لا يصير مأذونا) لأنه استخدام وليس بتجارة ، لأن التجارة ما يطلب منه الربح ، ولأنه لو اعتبرناه إذنا أدّى إلى سدّ باب الاستخدام ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . قال (وللمأذون أن يبيع ويشترى) لأنه أصل التجارة (ويؤكل) لأنه قد لا يمكنه من المباشرة بنفسه في بعض الأحوال (ويبضع ويضارب) لأن ذلك من التجارة (ويعير) لأن ذلك من أفعال التجار (ويرهن ويسترهّن) لأنه وفاء واستيفاء ، وهما من توابع البيع (ويؤجر ويستأجر ويسلم ويقتل السلم) لأن كل ذلك من صنيع التجار (ويزارع ويشترى طعاما ويزرعه) لأنه تجارة يقصد بها الربح (ويشارك عنانا) لأنها من أفعال التجار ، وله أن يؤاجر نفسه لأنه يحصل به الربح والاكتساب وهو المقصود (ولو أقرّ بدين أو غصب أو ودّيعه جاز) لأنه لو لم يصحّ لامتنع الناس من معاملته ولأن الغصب مبادلة (ولا يتزوج) لأنه ليس من التجارة ، فلو تزوّج أخذ بالمهر بعد الحرية

وَلَا يَزُوجُ مَمَالِيكَهٗ (س) ، وَلَا يَكْتَابُ ، وَلَا يَعْثِقُ ، وَلَا يَقْرِضُ ، وَلَا يَهَبُ ،
وَلَا يَتَصَدَّقُ ، وَلَا يَتَكَفَّلُ ، وَيُهْدِي الْقَلِيلَ مِنَ الطَّعَامِ ، وَيُضِيفُ مُعَامِلِيهِ
وَيَأْذَنُ لِرَقِيقِهِ فِي التِّجَارَةِ ، وَمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الدُّيُونِ بِسَبَبِ الْإِذْنِ مُتَعَلِّقٌ
بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى ، فَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْدُّيُونِ ، فَإِنْ فَدَاهُ
الْمَوْلَى بِدُّيُونِ الْغُرْمَاءِ انْقَطَعَ حَقُّهُمْ عَنْهُ ، وَإِلَّا يُبَاعُ وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ
الْغُرْمَاءِ بِالْحَصَصِ ، فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ طُولَبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ ، وَإِنْ حَجَرَ الْمَوْلَى
عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجَرَ حَتَّى يَعْلَمَ

(وَلَا يَزُوجُ مَمَالِيكَه) وقال أبو يوسف : يزوج الأمة لأنه نوع تجارة ، وهو وجوب نفقتها
على غيره ، بخلاف العبد لأنه يوجب عليه نفقة زوجته . ولهما أنه ليس تجارة ولهذا لا يملكه
في العبد ، ونفقتها ليست بتجارة ، ولأن الزواج عيب في الأمة (وَلَا يَكْتَابُ) لأنه إطلاق
وليس بتجارة (وَلَا يَعْثِقُ) بمال ولا بغير مال (وَلَا يَقْرِضُ وَلَا يَهَبُ) بعوض ولا بغير
عوض (وَلَا يَتَصَدَّقُ) لأن ذلك تبرع ابتداء ، أو ابتداء وانتهاء وليس من التجارات
(وَلَا يَتَكَفَّلُ) بنفس ولا بمال لأنه تبرع . قال (وَيُهْدِي الْقَلِيلَ مِنَ الطَّعَامِ ، وَيُضِيفُ
مُعَامِلِيهِ) لأنه من صنيع التجار ، وفيه استمالة قلوب المعاملين ، وقد صح أنه عليه الصلاة
والسلام قبل هدية سلمان الفارسي وكان عبدا . وقال محمد : يتصدق بالرغيف ونحوه ،
ولم يقدر محمد الضيافة اليسيرة ، وقيل ذلك على قدر مال التجارة ، إن كانت نحو عشرة
آلاف فالضيافة بعشرة ، وإن كانت تجارته عشرة دراهم فدانق كثير ، وله أن يحطّ من
الثلث بعيب كعادة التجار ولعله أصلح من الرضا بالعيب ، ولا يحطّ بغير عيب لأنه تبرع .
قال (وَيَأْذَنُ لِرَقِيقِهِ فِي التِّجَارَةِ) لأنه نوع تجارة ، والأصل أن كل من له ولاية التجارة
يصحّ إذنه للعبد فيها كالمكاتب والمأذون والمضارب والأب والجد والقاضي وشريكى
المفاوضة والعنان والوصى ، ولا يجوز ذلك للأم والأخ والعلم لأنه ليس لهم ولاية التجارة .
قال (وَمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الدُّيُونِ بِسَبَبِ الْإِذْنِ مُتَعَلِّقٌ بِرَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَفْدِيَهُ الْمَوْلَى) لأن
المولى رضى بذلك ، فانه لو لم يتعلق برقبة كان تصرفه نفعا محضا فلا حاجة إلى الإذن ،
ولنما شرط إذن المولى ليصير راضيا بهذا الضرر ، ولأن سبب هذا الدين التجارة وهى باذنه
ولأن تعلق الدين برقبة مما يدعو إلى معاملته وأنه يصلح مقصودا للمولى فيندم الضرر في حقه
إلا أنه يبدأ بكسبه لأنه أهون (فَإِنْ لَمْ يَفِ بِالْدُّيُونِ ، فَإِنْ فَدَاهُ الْمَوْلَى بِدُّيُونِ الْغُرْمَاءِ انْقَطَعَ
حَقُّهُمْ عَنْهُ ، وَإِلَّا يُبَاعُ وَيُقَسَّمُ ثَمَنُهُ بَيْنَ الْغُرْمَاءِ بِالْحَصَصِ) لتعلق حقهم به كتعلقها بالتركة
(فَإِنْ بَقِيَ شَيْءٌ طُولَبَ بِهِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ) لأن الدين ثبت عليه ولم تف به الرقبة ، فيبقى عليه
إلى وقت القدرة ، وهو ما بعد الحرية . قال (وَإِنْ حَجَرَ الْمَوْلَى عَلَيْهِ لَمْ يَنْحَجَرَ حَتَّى يَعْلَمَ

أَهْلُ سُوقِهِ أَوْ أَكْثَرُهُمْ بِذَلِكَ ، وَإِنْ وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَهُوَ حَجَرٌ (ز) ، وَالْإِبَاقُ حَجَرٌ ؛ وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ مُحْجُورًا ، وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحَجَرِ (سَم) ، وَإِذَا اسْتَغْرَقَتِ الدِّيُونُ مَالَهُ وَرَقَبَتَهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى شَيْئًا مِنْ مَالِهِ (سَم) ،

أَهْلُ سُوقِهِ أَوْ أَكْثَرُهُمْ بِذَلِكَ) لَأَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَعْلَمُوا يَبَايَعُونَهُ بِنَاءً عَلَى مَا عَرَفُوهُ مِنَ الْإِذْنِ ، فَلَوْ انْحَجَرَ يَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ ، لَأَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّهُمْ بِكَسْبِهِ وَبِرَقَبَتِهِ يَتَأَخَّرُ إِلَى مَا بَعْدَ الْحَرِيَةِ ، وَقَدْ لَا يَعْتَقُ فَيَتَضَرَّرُونَ إِمَّا بِالتَّأْخِيرِ أَوْ بِالْعَدَمِ ، وَلَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ فِي السُّوقِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ رَجُلَيْنِ لَا يَنْحَجِرُ ، وَلَوْ حَجَرَ عَلَيْهِ فِي الْبَيْتِ عِنْدَ أَهْلِ سُوقِهِ أَوْ أَكْثَرِهِمْ انْحَجَرَ ، وَالْمُعْتَبَرُ اشْتِهَارُ الْحَجَرِ عِنْدَهُمْ إِذَا كَانَ الْإِذْنُ مَشْهُورًا ؛ أَمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِالْإِذْنِ غَيْرَ الْعَبْدِ ثُمَّ عَلِمَ بِالْحَجَرِ انْحَجَرَ ، وَلَمْ يَزَلْ مَأْذُونًا حَتَّى يَعْلَمْ بِالْحَجَرِ كَالْوَكِيلِ - لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ لَوْ انْحَجَرَ بِدُونِ عِلْمِهِ ، لِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ قَضَاءُ الدِّيُونِ بَعْدَ الْحَرِيَةِ وَأَنَّهُ ضَرَرُ بِهِ . قَالَ (وَإِنْ وَلَدَتِ الْمَأْذُونَةُ مِنْ مَوْلَاهَا فَهُوَ حَجَرٌ) خِلَافًا لَزَفَرٍ . لَهُ أَنَّ ذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْإِذْنَ ابْتِدَاءً فَكَذَا بَقَاءً . وَلَنَا أَنَّهُ يَحْصِنُهَا عَادَةً فَيَمْنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ وَالْبُرُوزِ وَالتَّصَرُّفَاتِ فَكَانَ حَجَرًا دَلَالَةً ، بِخِلَافِ الْإِبْتِدَاءِ فَانْه صَرِيحٌ فِي الْإِذْنِ فَلَا تَعَارُضُ الدَّلَالَةَ . قَالَ (وَالْإِبَاقُ حَجَرٌ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى قَضَاءِ دَيْنِهِ مِنْ كَسْبِهِ وَهُوَ مَا أَذِنَ لَهُ إِلَّا بِهَذَا الشَّرْطِ مَقْصُودًا . قَالَ (وَلَوْ مَاتَ الْمَوْلَى أَوْ جُنَّ ، أَوْ لَحِقَ دَارَ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا صَارَ مُحْجُورًا) لِأَنَّهُ زَالَ مَلِكُهُ عَنْهُ بِالمَوْتِ وَاللَّحَاقِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى مَلِكٍ وَرَثَتِهِ وَهُوَ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ فَيَزُولُ بِزَوَالِ الْمَلِكِ ، وَبِالْجُنُونِ زَالَتِ الْأَهْلِيَّةُ فَيَبْطُلُ الْإِذْنُ اعْتِبَارًا بِالْإِبْتِدَاءِ ، لِأَنَّهُ مَا يَلْزِمُ مِنَ التَّصَرُّفَاتِ يَعْتَبَرُ اِدْوَامُهُ الْأَهْلِيَّةُ كَمَا يَعْتَبَرُ لِبَتْدَائِهِ . قَالَ (وَيَصِحُّ إِقْرَارُهُ بِمَا فِي يَدِهِ بَعْدَ الْحَجَرِ) سَوَاءٌ أَقَرَّ أَنَّهُ غَضِبَ أَوْ أَمَانَةً أَوْ أَقَرَّ بِدَيْنٍ ، وَقَالَا : لَا يَصِحُّ لِأَنَّ الْمَصْحُوحَ كَانَ الْإِذْنُ وَقَدْ زَالَ ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِي حَقِّ الرِّقَةِ وَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ آخِرٍ ، وَلَهُ أَنَّ الْمَصْحُوحَ الْيَدُ وَهِيَ بَاقِيَةٌ ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ فِيمَا أَخَذَهُ الْمَوْلَى ، وَبَطْلَانُهَا لِعَدَمِ الْحَاجَةِ ، وَهِيَ بَاقِيَةٌ بِدَلِيلِ إِقْرَارِهِ ، بِخِلَافِ الرِّقَةِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَفِيدُ فِي يَدِهِ وَمَلِكُ الْمَوْلَى ثَابِتٌ فِيهَا فَلَا يَبْطُلُ مِنْ غَيْرِ رِضَاةٍ ، وَبِخِلَافِ الْبَيْعِ لِأَنَّ الْمَلِكَ قَدْ تَبَدَّلَ فَلَمْ يَبْقَ حُكْمُ الْمَلِكِ الْأَوَّلِ . قَالَ (وَإِذَا اسْتَغْرَقَتِ الدِّيُونُ مَالَهُ وَرَقَبَتَهُ لَمْ يَمْلِكِ الْمَوْلَى شَيْئًا مِنْ مَالِهِ) وَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ لَوْ أَعْتَقَ عَبِيدَهُ لَا يَعْتَقُونَ ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدَهُ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ عَلَى السَّنِينَ ، وَقَالَا : يَمْلِكُهُ الْمَوْلَى وَيَعْتَقُونَ بِاعْتَاقِهِ وَعَلَيْهِ قِيمَةُ الْمَقْتُولِ فِي الْحَالِ . لَهْمَا أَنَّهُ مَلِكُ رَقَبَتِهِ حَتَّى جَازَ عَتَقَهُ فَيَمْلِكُ كَسْبَهُ ، وَلِذَا يَحِلُّ لَهُ وَطْءُ الْمَأْذُونَةِ ، وَتَعَلُّقُ حَقِّ الْغُرْمَاءِ يَمْنَعُ الْمَوْلَى عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ وَنَقْضِهِ بَعْدَ وَقُوعِهِ لِأَنَّهُ إِبْطَالُ مَلِكِهِ . وَلَهُ أَنَّ الْمَلِكَ وَاقِعٌ لِلْمَأْذُونِ لِأَنَّ سَبَبَ الْمَلِكِ الْاِكْتِسَابَ ، فَيَكُونُ أَوْلَى بِهِ مِنْ غَيْرِهِ بِالنَّصِّ ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ إِلَى الْمَوْلَى

وَأِنْ أَعْتَقَهُ نَفَذَ وَضَمَّنَ قِيَمَتَهُ لِلْغُرْمَاءِ وَمَا بَقِيَ فَعَلَى الْعَبْدِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ الْمَوْلَى بِمِثْلِ الثَّمَنِ أَوْ أَكْثَرَ .

كتاب الإكراه

وَيُعْتَبَرُ فِيهِ قُدْرَةُ الْمُكْرِهِ عَلَى إِيقَاعِ مَا هَدَدَهُ بِهِ ،

إذا فضل عن حاجته ، والحاجة قائمة في الدين المحيط ، والمأذون يملكه لكونه آدميا مكلفا لكن ملكا منتقلا لاستقرار كملك المقتول الدية والجنين الغرة ، ثم تنتقل إلى ورثته حتى يكون موروثا عنه ، بخلاف ما إذا لم يكن مستغرقا ، لأن الإنسان قل ما يخلو عن قليل الدين سيما التجار ، فلو اعتبرنا القليل مانعا أدّى إلى سدّ باب التصرفات على المولى فيمتنع عن الإذن . قال (وإن أعتقه نفذ) لبقاء ملكه فيه (وضمن قيمته للغرماء ، وما بقي فعلى العبد) لأن حقهم تعلق برقبته وقد فوّتها بالعتق فيغرم له قيمتها ، وما فضل أخذوه من المعتق لأنه حرّ مديون ، وإن شاء ضمنوا المعتق جميع ديونهم ، لأن حقه تعلق برقبته وقد حصلت له فيضمنها وإن كان الدين أقلّ من قيمته ضمن الدين لأن حقهم فيه . قال (ويجوز أن يبيعه المولى بمثل الثمن أو أقلّ) لأنه أجنبيّ عن كسبه إذا كان مديونا كما بينا ولا تهمّة فيه ، وفيه منفعة للعبد بدخول المبيع في ملكه ، فإن باعه وسلمه ولم يقبض الثمن سقط إن كان دينا ، لأن المولى لا يثبت له دين على عبده ، وإن كان الثمن عرضا لا يسقط بلخواز بقاء حقه في العين . قال (ويجوز أن يبيع من المولى بمثل الثمن أو أكثر) لأنه كالأجنبي ولا تهمّة حتى لو باعه بأقلّ من القيمة لا يجوز للتهمّة ، ولو باع المولى العبد فقبضه المشتري وعييه . فالغرماء إن شاءوا ضمنوا البائع القيمة لأنه أتلّف حقهم بالبيع والتسليم ، وإن شاءوا ضمنوا المشتري بالشراء والتعيب ، وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحقّ لهم كالمرتهن ، فإن ضمنوا البائع ثم ردّ عليه بعيب رجع عليهم بما ضمن وعاد حقهم إلى العبد لزوال المانع .

كتاب الإكراه

وهو الإلزام والإجبار على ما يكره الإنسان طبعاً أو شرعاً ، فيقدم عليه ما عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضرّ منه ؛ ثم قيل هو معتبر بالهزل المناقّي للرضا ، فما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق وأخواته ؛ وقيل هو معتبر بخيار الشرط الخالي عن الرضا بموجب العقد ، فما لا يؤثر فيه الشرط لا يؤثر فيه الإكراه . قال (ويعتبر فيه قوّة المكره على إيقاع ما هددّه به) لأنه إذا لم يكن قادرا عليه لا يتحقق الخوف فلا يتحقق الإكراه ،

وَتَخَوُّفُ الْمُكْرَهِ عَاجِلًا ، وَامْتِنَاعُهُ مِنْ الْفِعْلِ قَبْلَ الْإِكْرَاهِ لِحَقِّهِ أَوْ لِحَقِّ
أَدَمِيٍّ أَوْ لِحَقِّ الشَّرْعِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْمُكْرَهُ بِهِ نَفْسًا أَوْ عُضْوًا أَوْ مُوجِبًا غَمًّا
يَنْعَدِمُ بِهِ الرِّضَا ، فَلَوْ أُكْرِهَ عَلَى بَيْعٍ أَوْ شِرَاءٍ أَوْ إِجَارَةٍ أَوْ إِقْرَارٍ بِقَتْلِ
أَوْ ضَرْبٍ شَدِيدٍ أَوْ حَبْسٍ فَفَعَلَ ثُمَّ زَالَ الْإِكْرَاهُ ، فَإِنْ شَاءَ أَمْضَاهُ ، وَإِنْ
شَاءَ فَسَخَّهْ ، وَإِنْ قَبَضَ الْعَوَضَ طَوْعًا فَهُوَ إِجَازَةٌ ، وَإِنْ قَبَضَهُ مُكْرَهًا
فَلَيْسَ بِإِجَازَةٍ ، وَيَرُدُّهُ إِنْ كَانَ قَائِمًا ، فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي

وما روى عن أبي حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من سلطان ، فاختلف عصر وزمان
(و) لا بد من (خوف المكره عاجلا) لأنه لو لم يخف فعله يكون راضيا فلا يكون مكرها ،
لأن الإكراه ما يفعله بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد عليه اختياره مع بقاء أصل القصد ،
لأنه طلب منه أحد الأمرين فاختر أحدهما ، فإذا فعل برضاه لا يكون مكرها (و) لا بد
من (امتناعه من الفعل قبل الإكراه) لأن الإكراه لا يتحقق إلا على فعل يمتنع عنه المكره .
أما إذا كان بفعله فلا إكراه ويكون الامتناع (لحقه) كبيع ماله والشراء ، وإعتاق عبده
ونحو ذلك (أو لحق آدمي) كإتلاف مال الغير ونحوه (أو لحق الشرع) كالقتل والزنا
وشرب الخمر ونحوها ، لأن الامتناع لا يكون إلا لأحد هذه الأشياء (و) لا بد (أن
يكون المكره به نفسا أو عضوا) كالقتل والقطع (أو موجبا غما ينعدم به الرضا) كالحبس
والضرب ، وأحكامه تختلف باختلاف هذه الأشياء ، فتارة يلزمه الإقدام على ما أكره عليه ،
وتارة يباح له ، وتارة يرخص ، وتارة يحرم على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (فلو أكره
على بيع أو شراء أو إجارة أو إقرار بقتل أو ضرب شديد أو حبس ففعل ثم زال الإكراه ،
فإن شاء أَمْضَاهُ ، وإن شاء فَسَخَّهْ) لأن الملك يثبت بالعقد لصدوره من أهله في محله ، إلا
أنه فقد شرط الحل وهو التراضي فصار كغيره من الشروط المفسدة ، حتى لو تصرف فيه
تصرفا لا يقبل النقص كالعقود ونحوه ينفذ وتلزمه القيمة ، وإن أجاز له لوجود التراضي
بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحق الشرع يجوز بإجازتهما ، ولا ينقطع حق الاسترداد
ههنا وإن تداولته الأيدي ، بخلاف البيع الفاسد ، لأن الفساد لحق الشرع ، وقد تعلق
بالباع الثاني حق العبد ، وهما أيضا الرد حق العبد ، وهما سواء ، ولو أكره بضرب
سوط ، أو حبس يوم ، أو قيد يوم لا يكون إكراها ، لأنه لا يبالي به عادة ، إلا إذا كان
ذا منصب يستضر به ، فيكون إكراها في حقه لزوال الرضى . وأما الإقرار فليس بسبب ،
لكن جعل حجة لرجحان جانب الصدق ، وعند الإكراه يرجح جانب الكذب لدفع
الضرر (وإن قبض العوض طوعا فهو إجازة) لأنه دليل الرضا كالبيع الموقوف (وإن
قبضه مكرها فليس بإجازة ، ويردّه إن كان قائما ، فإن هلك المبيع في يد المشتري

وَهُوَ غَيْرُ مُكْرَهٍ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَلِلْمُكْرَهِ أَنْ يُضْمَنَ الْمُكْرَهَ ، وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى طَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ فَفَعَلَ وَقَعَ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُكْرَهِ بِقِيَمَةِ الْعَبْدِ ، وَالْوَلَاءِ لِلْمُعْتَقِ ، وَفِي الطَّلَاقِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبِمَا يَلْزَمُهُ مِنَ الْمُتَعَةِ عِنْدَ عَدَمِ التَّسْمِيَةِ ، فَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى شُرْبِ الْخَمْرِ أَوْ أَكَلَ الْمَيْتَةَ أَوْ عَلَى الْكُفْرِ أَوْ إِتْلَافِ مَالِ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ بِالْحَبْسِ أَوْ الضَّرْبِ فَلَيْسَ بِمُكْرَهٍ ،

وهو غير مكره فعليه قيمته) لأنه بيع فاسد والمقبوض فيه مضمون بالقيمة (وللمكره أن يضمن المكره) لأنه كالألة له فكأنه هو الذي دفعه إلى المشتري فصار كغاصب الغاصب ، فإن ضمن المكره رجع على المشتري لأنه صار كالبائع ، وإن ضمن المشتري نفذ كل بيع حصل بعد الإكراه لأنه ملكه بالضمان ، والمضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت القبض عندنا على ما عرف . قال (وإن أكره على طلاق أو عتاق ففعل وقع) لما بينا أنه معتبر بالهزل لأنهما يجريان مجرى واحدا في عدم الرضا ، وقد بينا أن الإكراه لا يسلب القصد ، فقد قصد وقوع الطلاق والعتاق على منكوحته وعنده فيقع (ويرجع على المكره بقيمة العبد والولاء للمعتق) لما بينا أنه آلة له فانضاف إليه فله تضمينه (وفي الطلاق بنصف المهر إن كان قبل الدخول وبما يلزمه من المتعة عند عدم التسمية) لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بأن تجيء الفرقة من قبلها ، فكان إتلافا لهذا القدر من المال فيضاف إليه ، بخلاف ما بعد الدخول ، لأن المهر تأكد بالدخول ، وهكذا النذر واليمين والظهار والرجعة والإيلاء والنفى باللسان ، لأن هذه الأشياء لا تقبل الفسخ وتصح مع الهزل ، والخلع يمين أو طلاق وعليها البدل إن كانت طائعة ، ولا شيء عليه فيما وجب بالنذر واليمين ، لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطلبه فيها ، والنكاح كالطلاق ، فإن كان بمهر المثل أو أقل لم يرجع بشيء لأنه وصل إليه عوض ما خرج من ملكه ، وإن كان أكثر من مهر المثل بطلت الزيادة ، لأن الرضا شرط للزوم الزيادة وقد فاتت . وإن أكرهت المرأة ، فإن كان الزوج كفؤا بمهر المثل جاز ولا ترجع بشيء لما بينا ، وإن كان أقل فالزوج إما أن يتم لها مهر المثل أو يفارقها ، ولا شيء عليه إن لم يدخل بها ، لأن الفرقة جاءت من قبلها حيث لم ترض بالمسمى ، وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها حيث لم ترض بالمسمى ، وإن كانت طائعة فهو رضى بالمسمى ، ويبقى الاعتراض للأولياء عند أبي حنيفة على ما عرف . قال (فإن أكره على شرب الخمر أو أكل الميتة أو على الكفر أو إتلاف مال مسلم أو ذمي بالحبس أو الضرب فليس بمكره) والأصل في هذا أن شرب الخمر وأكل الميتة ومال الغير مباح في حالة الخمصة ، وهو خوف فوت النفس ، قال الله تعالى : فمن

وَإِنْ أَكْرَهَهُ بِاتِّلَافِ نَفْسِهِ وَسِعَهُ أَنْ يَفْعَلَ ، وَإِنْ صَبَرَ حَتَّى قُتِلَ
كَانَ مَاجُورًا ،

اضطرّ غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه - فإذا أكره على ذلك بالضرب والحبس لا يسعه ذلك
لأنه ليس في معناه ، وإذا لم يبح بهذا النوع من الإكراه لا يباح الكفر لأنه أعظم جريمة
وأشدّ حرمة وأقبح من هذه الأشياء ، لأن حرمتها بالسمع وحرمة الكفر به وبالعقل
(وإن أكرهه باتلاف نفسه وسعه أن يفعل) أما شرب الخمر وأكل الخنزير والميتة فلما
تلونا من النص . ووجهه أن حالة الضرورة صارت مستثناة من الحرمة ، فكانت الميتة
والخمر حالة الضرورة كالخبز والماء في غير حالة الضرورة ، فلو لم يفعل حتى قتل وهو
يعلم بالإباحة إثم كما في حالة المحمصة ، ولأن الحرمة لما زالت بقوله تعالى - فلا إثم عليه -
صار كالممتنع عن الطعام والشراب حتى مات فيأثم . وأما إتلاف مال الغير فكذلك يباح
حالة المحمصة فزال الإثم ، والضمان على من أكرهه لما مرّ ، وكذلك لو توعده بضرب
يخاف منه على نفسه أو بقطع عضو منه ولو أنملة ، لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس ،
ألا ترى أنه كما لا يباح له القتل حالة المحمصة لا يباح له قطع العضو ، ولو خوفوه بالجوع
لا يفعل حتى يجوع جوعا يخاف منه التلف فيصير كالمضطرّ . وأما الكفر فانه يسعه أن يأتي به
وقلبه مطمئن بالإيمان ، لما روى « أن عمار بن ياسر رضي الله عنه أكرهه المشركون على
الكفر ، فأعطاهم بلسانه ما أرادوا ، ثم جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يبكي ،
فقال له : ما وراءك ؟ فقال : شرّ ، نلت منك ، فقال : كيف وجدت قلبك ؟ قال :
مطمئنا بالإيمان ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح عينيه ويقول : مالك ، إن عادوا
فعد ، ونزل قوله تعالى - إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان » وفيه دليل الكتاب ، والسنة
وهو قوله صلى الله عليه وسلم « إن عادوا فعد » والأثر فعل عمار رضي الله عنه (وإن
صبر حتى قتل كان مآجورا) وهو الغزيرة « فان خبيب بن عديّ الأنصاري رضي الله
عنه صبر حتى قتل ، وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء ، وقال : هو
رفيق في الجنة » ولأنه بذل مهجته وجاد بروحه تعظيما لله تعالى وإعلاء لكلمته لئلا يأتي
بكلمة الكفر ، فكان شهيدا كمن بارز بين الصفيين مع علمه أنه يقتل فانه يكون شهيدا ،
ومن هذا القبيل سب النبي صلى الله عليه وسلم ، وترك الصلوات الخمس ، وكل ما ثبتت
فرضيته بالكتاب ، ولو أكره الذي على الإسلام صح إسلامه ، كما لو قتل الحربي على
الإسلام فأسلم ، فانه يصح بالإجماع . قال الله تعالى - وله أسلم من في السموات والأرض
طوعا وكرها - سمى المكره على الإسلام مسلما ، فان رجع الذي لا يقتل لكن يحبس حتى
يسلم لأنه وقع الشك في اعتقاده ، فاحتمل أنه صحيح فيقتل بالردة ، ويحتمل أنه غير
معتقد فيكون ذميا فلا يقبل ، إلا أنا رجحنا جانب الوجود حالة الإسلام تصحيحا لإسلامه

وَلَوْ أَكْرَهَ بِالْقَتْلِ عَلَى الْقَتْلِ كَمْ يَفْعَلُ وَيَصْبِرُ حَتَّى يُقْتَلَ ، فَإِنْ فَتَلَ
أَثْمَ وَالْقِصَاصِ عَلَى الْمُكْرِهِ (زس) ، وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الرَّدَةِ كَمْ تَبَيَّنَ أَمْرُهُ
مِنْهُ ، وَمَنْ أَكْرَهَ عَلَى الزَّنا لَاحِدًا عَلَيْهِ (ز) .

لترجيح الإسلام على الكفر . قال (ولو أكره بالقتل على القتل لم يفعل ويصبر حتى يقتل) وكذا قطع العضو ، وسب المسلم وأذاه ، وضرب الوالدين ضربا مبرحا ، لأن الظلم حرام شرعا وعقلا ، لا يستباح بحال ولا بوجه مآ ، وكذا قتل المسلم البريء لا يباح بوجه مآ (فان قتل أثم) لقيام الحرمة (والقصاص على المكره) لأنه آلة له فيما يصلح أن يكون آلة وهو القتل ، ولا يصلح أن يكون آلة في الإثم لأنه بالجناية على الدين وأنه حرام فلا يباح إلا من جهة صاحب الحق . وقال أبو يوسف : لا قصاص على واحد منهما لأن القصاص يندرى بالشبهات وقد تحققت الشبهة في حق كل واحد منهما ، أما المكره فهو محمول عليه ، وأما المكره فلعدم المباشرة . وقال زفر : يجب على المكره لأن المباشرة موجبة للقتل ولهذا تعلق به الإثم ، ولهما ما تقدم أنه آلة فيما يصلح ، والقتل يصلح بأن يلقيه عليه وصار كمن أكره مجوسيا على ذبح شاة مسلم ، فالفعل ينتقل إلى المكره في الإلتلاف حتى يجب عليه الضمان ولا ينتقل الحكم حتى لا يحل أكلها . قال (وإن أكره على الردة لم تبين امرأته منه) لأن البيونة تبني على الردة والردة غير متحققة ، لاحتمال عدم اعتقاد الكفر ، بل هو الظاهر عند الإكراه ؛ ولو اختلفا فالقول قوله في عدم الاعتقاد لأنه لا يعرف إلا من جهته . قال (ومن أكره على الزنا لاحداً عليه) لوجود الشبهة ويأثم بالفعل ، ولو صبر كان مأجورا كالقتل ، لأن الزنا لا يباح بوجه مآ . وقال أبو حنيفة أولا وهو قول زفر : يحد لأن انتشار الآلة دليل الطوعية . قلنا : وقد يكون طبعاً والشبهة موجودة ، ولو أكرهت المرأة وسعها ذلك ولا تأثم ، نص عليه محمد ، لأن الفاعل الرجل دونها ، لأن الإيلاج فعله فلم يتحقق الزنا منها ، لكن تمكينها وسيلة إلى فعله فيباح عند الضرورة ؛ ولو أمره ولم يكرهه في هذه المسائل كلها إلا أنه يخاف القتل إن لم يفعل فهو في حكم المكره لأن الإلجاء باعتبار الخوف ، وقد تحقق .

كتاب الدعوى

المدعى من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه من لا يجبر ،

كتاب الدعوى

الدعوى مشتقة من الدعاء وهو الطلب . وفى الشرع : قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير لنفسه ، والبيئة من البيان ، وهو الكشف والإظهار ؛ والبيئة فى الشرع تظهر صدق المدعى وتكشف الحق . والأصل فى الباب قوله صلى الله عليه وسلم « لو ترك الناس ودعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، لكن البيئة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » وفى رواية « واليمين على من أنكر » ويروى « أن حضرميا وكنديا اختصما بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى شيء ، فقال للمدعى : ألك بينة ؟ قال لا ، فقال : لك يمينه ليس لك غير ذلك » فبدأ بمعرفة المدعى والمدعى عليه ، إذ هو الأصل فى الباب ونبنى عليه عامة مسائله

قال (المدعى من لا يجبر على الخصومة ، والمدعى عليه من يجبر) وقيل المدعى من يضيف إلى نفسه ما ليس بثابت ، والمدعى عليه من يتمسك بما هو ثابت بظاهر اليد ، فلو ادعى على رجل ديناً فادعى الوفاء أو البراءة صار مدعياً لدعواه ما ليس بثابت ، وهو فراغ ذمته بعد اتفاقهما على الشغل ، وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة كالحارج ، والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كذى اليد ؛ وقيل المدعى من يضيف ما عند غيره إلى نفسه ، والمدعى عليه : ما يضيف ما عنده إلى نفسه ، وجميع العبارات متقاربة ، وينبغى أن يحقق ذلك ويعرف بالمعنى لا بالصورة ، فإن المودع إذا ادعى إيصال الوديعة فانه مدع صورة منكر معنى حتى لو ترك لا يترك ، والفقيه إذا أمعن النظر وأنعم الفكر ظهر له ذلك بتوفيق الله ، ولا يصح الدعوى إلا فى مجلس القضاء على خصم حاضر .

اعلم أن الدعوى إذا صحت عند القاضى أوجبت على الخصم الحضور إلى مجلس القاضى ، قال تعالى - وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون - ذمهم على ترك الحضور وهو الإعراض عن الإجابة . وعن على رضى الله عنه « أن امرأة الوليد بن عقبة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستعدي على زوجها ، فأعطاها ، فقالت : أبى أن يجيئ ، فأعطاها هدية من ثوبه فجاءت به » ولأن الأحكام يحضرون الناس بمجرد الدعوى من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير تكبير ، فإذا حضر وادعى عليه وجب عليه الجواب بلا أو بنعم حتى لو سكت كان إنكاراً فيسمع البيئة عليه

وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الدَّعْوَى بِشَيْءٍ مَعْلُومٍ الْجِنْسِ وَالْقَدْرِ ، فَإِنْ كَانَ دَيْنًا ذَكَرَ أَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ ، وَإِنْ كَانَ عَيْنًا كُتِفَ الْمُدْعَى عَلَيْهِ إِحْضَارَهَا ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَاضِرَةً ذَكَرَ قِيمَتَهَا ، وَإِنْ كَانَ عَقَارًا ذَكَرَ حَدُودَهُ الْأَرْبَعَةَ ، وَأَسْمَاءَ أَصْحَابِهَا وَنَسَبَهُمْ إِلَى الْجَدِّ ، وَذَكَرَ الْمَحِلَّةَ وَالْبَلَدَ ، ثُمَّ يَدَّ كُرُّهُ أَنَّهُ فِي يَدِ الْمُدْعَى عَلَيْهِ وَأَنَّهُ يُطَالِبُهُ بِهِ ، وَإِذَا صَحَّتِ الدَّعْوَى سَأَلَ الْقَاضِي الْمُدْعَى عَلَيْهِ ، فَإِنْ اعْتَرَفَ أَوْ أَقَامَ الْمُدْعَى بَيْنَةً قَضَى عَلَيْهِ ، وَإِلَّا يُسْتَحْلَفُ ،

دفعاً للضرر عن المدعى إلا أن يكون أخرس . قال (ولا بدَّ أن تكون الدعوى بشيء معلوم الجنس والقدر) لأن الدعوى للإلزام ، والقضاء بالمجهول غير ممكن ، وكذلك الشهادة بالمجهول لا تقبل (فإن كان ديناً ذكر أنه يطالبه به) لأن فائدة الدعوى إجبار القاضي المدعى عليه على إيفاء حق المدعى ، وليس للقاضي ذلك إلا إذا طالبه به فامتنع ، ولا بدَّ من ذكر الوصف لأنه لا يعرف إلا به (وإن كان عيناً كلف المدعى عليه إحضارها) ليشير إليها بالدعوى والشهود عند أداء الشهادة والمنكر عند اليمين ، ولأن ذلك أبلغ في التعريف (فإن لم تكن حاضرة ذكر قيمتها) لأنه إذا تعذر مشاهدة العين فالقيمة تقوم مقامها كما في الاستهلاك ، إذ هي المقصود غالباً ، ويذكر في القيمة شيئاً معيناً في قدره ووصفه وجنسه نفياً للجهالة لما بينا ، وإن كان حيراناً يذكر الذكورة أو الأنوثة (وإن كان عقاراً ذكر حدوده الأربعة وأسماء أصحابها ونسبهم إلى الجدِّ وذكر المحلة والبلد) لأن العقار لا يمكن إحضاره فتعذر تعريفه بالإشارة فيعرف بالحدود ويبدأ بذكر البلدة لأنه أعم ثم بالمحلة التي فيها العقار ثم يبين الحدود ، لأن التعريف يقع بذلك ، ولا بدَّ من ذكر أصحابها وأسماء آبائهم وأجدادهم لأنه أبلغ في التعريف ، وفي ذكر الجدِّ خلاف أبي يوسف ، وقد تقدم ، وإن كان الرجل مشهوراً لا يحتاج إلى ذكر النسب لوجود التعريف بدونه ، وكذلك يجب على الشهود ذكر الحدود كما مرَّ . قال (ثم يذكر أنه في يد المدعى عليه وأنه يطالبه به) لأنه إذا لم يكن في يده لا يكون خصماً والحق له فلا يستوفى إلا بطلبه ، ولأنه يحتمل أنه في يده رهناً أو محبوساً بالثمن ، فإذا طالبه زال الاحتمال ، ولا يثبت كونه في يده إلا ببينة أو علم القاضي ، ولا يثبت بتصادقهما نفياً لتهمة المواضعه لجواز أنه في يد غيره بخلاف المنقول ، لأن اليد فيه مشاهدة . قال (وإذا صحت الدعوى سأل القاضي المدعى عليه) لينكشف وجه الحكم ولوجوب الجواب عليه (فإن اعترف أو أقام المدعى بينة قضى عليه) أما الاعتراف فلأنه لاتهمه فيه ، قال تعالى - بل الإنسان على نفسه بصيرة - أي شاهد ، وأما البينة فلأنها مشتقة من البيان وهو الإظهار ، فهي تظهر الحق وتكشف صدق الدعوى فيقضى بها ، وعلى هذا إجماع المسلمين . قال (وإلا يستحلف) لقواه

فان حلف انقطعت الخصومة إلا أن تقوم البينة ، وإن نكل يقضى عليه بالنكول ، فان قضى أول ما نكل جاز ، والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثا ، ويثبت النكول بقوله لأحلف ، وبالسكوت إلا أن يكون به خرس أو طرش ، ولا ترد اليمين على المدعى (ف) ،

عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلك يمينه » ولا بد من طلب المدعى واستحلافه لأنها حقه بالإضافة إليه (فان حلف انقطعت الخصومة) لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لك غير ذلك » فيما روينا من الحديث . قال (إلا أن تقوم البينة) فتقبل ، قال عليه الصلاة والسلام « اليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة » ولأن طلب اليمين لا يدل على عدم البينة لاحتمال أنها غائبة أو حاضرة في البلد ولم يحضرها ، ولأن اليمين بدل عن البينة ، وإذا قدر على الأصل بطل حكم الحلف . قال (وإن نكل يقضى عليه بالنكول) لأن النكول اعتراف وإلا يحلف دفعا للضرر عنه وقطعا للخصومة ، فكان نكوله إقرارا أو بدلا فيقضى به (فإن قضى عليه أول ما نكل جاز) لأنه حجة كالإقرار (والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثا) ويخبره أن من مذهبه القضاء بالنكول لأنه فصل مجتهد فيه ، فربما يخفى عليه حكمه ، فاذا عرض عليه ثلاثا وأبى قضى عليه ، هكذا فعله أبو يوسف مع وكيل الخليفة وألزمه بالمسال ، وإن قال بعد النكول : أنا أحلف إن كان قبل القضاء حلفه لكونه مختلفا فيه ، وإن كان بعد القضاء لم يحلفه لأن النكول بمنزلة الإقرار ، ولو أقر ثم قال أحلف لا يسمع منه كذا هذا (ويثبت النكول بقوله لأحلف) لأنه صريح فيه (وبالسكوت) لأنه لادلالة عليه وإلا يحلف (إلا أن يكون به خرس أو طرش) فيعذر . قال (ولا ترد اليمين على المدعى) لقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى ، واليمين على المدعى عليه » جعل جنس اليمين على المدعى عليه لأنه ذكره بالألف واللام وذلك ينفي ردّها على المدعى ، ولأنه قسم والقسمة تنافي الشركة ، فلا يكون للمدعى يمين ، ويلزم من هذا عدم جواز القضاء بالشاهد واليمين ، لأن ما روينا ينفي أن يكون للمدعى يمين معتبرة ، فيبقى القضاء بشاهد فرد ، وأنه خلاف الإجماع ، وكذا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث الحضرمي « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : لك يمينه ليس لك غير ذلك » ينفي الجواز أيضا لأنه غير المشار إليه في الحديث . وما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين » فردود لوجوه : أحدها أنه مخالف للكتاب لأنه تعالى أوجب الحق للمدعى بشهادة رجلين ، ونقله عند عدمهما إلى شهادة رجل وامرأتين ، فالنقل إلى غيره خلاف الكتاب ، أو نقول الزيادة عليه خلاف الكتاب . الثاني أنه ورد في حادثة عامة مختلفة بين السلف ، فلو كان ثابتا لارتفع الخلاف ، فلما لم يرتفع دلّ على عدم ثبوته . الثالث أنه خبر آحاد ،

وَأَن قَال : لِي بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ فِي الْمَصْرِ وَطَلَبَ يَمِينَ خَصْمِهِ لَمْ يُسْتَحْلَفَ (سَم ف) وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ، وَإِنْ كَانَ غَرِيْبًا يُلَازِمُهُ مِقْدَارَ مَجْلِسِ الْقَاضِي ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ فِي النِّكَاحِ (سَم) وَالرَّجْعَةِ وَالْفَيْءِ فِي الْإِيلَاءِ وَالرَّقِّ وَالْإِسْتِيلَادِ وَالنَّسَبِ وَالْوَلَاءِ وَالْحُدُودِ ،

وقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » مشهور قريب من التواتر فلا يعارضه ، لأن خبر الآحاد إذا ورد معارضا للخبر المشهور يرد . الرابع رده أئمة الحديث كيحيى ابن معين وغيره . الخامس ما روى عن معمر قال : سمعت الزهري يقول : القضاء بالشاهد واليمين بدعة ، وأول من قضى به معاوية . قال (وإن قال : لى بينة حاضرة فى المصر وطلب يمين خصمه لم يستحلف » عند أبى حنيفة ، وقالوا : يستحلف ، لأن اليمين حقه فلا يبطل إلا باقامة البينة لا بالقدرة عليها ، واعترافه بالبينة لا يكون اعترافا بسقوط اليمين ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلك يمينه » رتب اليمين على عدم البينة فلا يجب مع وجودها ، ولأنا أجمعنا على أنه لو قامت البينة سقطت اليمين ، حتى لو قال المدعى عليه : أنا أحلف لا يلتفت إليه ، وإذا كانت اليمين لا يثبت حكمها مع البينة ، فاذا اعترف بالبينة وأنه قادر على إقامتها فقد اعترف أنه لا يمين على المدعى عليه . قال (ويأخذ منه كفيلًا بنفسه ثلاثة أيام) ويحبيه القاضى إلى ذلك استحسانا لاحتمال أنه يغيب قبل إقامة البينة ، وكذا لو أقام البينة قبل القضاء لاحتمال أنه يغيب قبل القضاء فيتعذر القضاء فيكفله مدة إحضار الشهود على ما يروى عن أبى يوسف وعن أبى حنيفة ثلاثة أيام ، ألا ترى أنه بمجرد الدعوى عند القاضى يعديه (١) إحياء للحقوق كذا هذا ، ويكتفى بالكفيل أن يكون معروفا ليحصل التوثق ، ولا يشترط كونه مليا أو تاجرا ، فان امتنع أن يعطيه كفيلًا أمره القاضى بالملازمة على الوجه الذى ذكرنا فى أدب القاضى (وإن كان غريبا يلزمه مقدار مجلس القاضى) لأن ملازمته أكثر من ذلك تضره وتمنعه من سفره من غير حجة ، بخلاف المقيم إذ لا ضرر عليه فى ذلك ، وهذا إذا كان حقا لا يسقط بالشبهة ؛ أما الحدود والقصاص فى النفس فلا يأخذ منه كفيلًا ، وقالوا : يأخذ منه كفيلًا فى حد القذف وفى السرقة إن ادعى المال . قال (ولا يستحلف فى النكاح والرجعة والفيء فى الإيلاء والرق والاستيلاد والنسب والولاء والحدود) وقالوا : يستحلف فيها إلا الحدود واللعان ، وهذا بناء على أن النكول بذل عنده ، والبذل لا يجرى فى هذه الأشياء إقرار عندهما ، والإقرار يجرى فيها . لهما أن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهرا ، فيضير معترفا بالمدعى دلالة ، إلا أنه إقرار فيه شبهة ، والحدود تندرى بالشبهات ، واللعان فى معنى الحدود . وله أنا

(١) (قوله يعديه) معناه : يرسل خلفه ويطلبه فى الحال ، قاله فى الصحاح .

وَيُسْتَحْلَفُ فِي الْقَصَاصِ ، فَإِنْ نَكَلَ اقْتَصَّ مِنْهُ (سَم) فِي الْأَطْرَافِ ، وَفِي
النَّفُوسِ يُجْبَسُ حَتَّى يَحْلِفَ (سَم) أَوْ يَقِرَّ ، وَإِنْ ادَّعَتْ عَلَيْهِ طَلَاَقًا قَبْلَ
الدَّخُولِ اسْتَحْلَفَ ، فَإِنْ نَكَلَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ وَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى
لَا غَيْرُ ، وَتُغْلَظُ بِأَوْصَافِهِ إِنْ شَاءَ الْقَاضِي ،

لو اعتبرناه إقرارا يكون كاذبا في إنكاره والكذب حرام ، ولو جعلناه بذلا وإباحة لا يكون
كاذبا فيجعل باذلا صيانة له عن الحرام ، والمقصود من الاستحلاف القضاء بالنكول ،
فكل موضع لا يقضى فيه بالنكول لا يستحلف ، ويستحلف في السرقة إن ادعى المال
فيحلفه بالله ماله عليه هذا المال ولا شيء منه ، فإن نكل ضمنه المال لثبوته مع الشبهة ،
ولا يقطع لأن الحد لا يثبت مع الشبهة ، ودعوى الاستيلاء أن تدعى الأمة أنها أم ولد
سيدها ، وهذا ابنها منه والمولى ينكر ، أما لو ادعى المولى لا يلتفت إلى إنكارها ، لأن
الاستيلاء والنسب يثبت بمجرد قوله . واختار الفقيه أبو الليث الفتوى على قولهما لعموم
البلوى ، ثم عندهما كل نسب يثبت من غير دعوى المال كالبنوة والزوجة والمملوكية
يستحلف عليه ، وكل نسب لو أقر به لا يثبت إلا بدعوى المال كالأخ والعم لا يستحلف
إلا إذا ادعى بسببه مالا أو حقا كدعوى الإرث وعدم الرجوع في الهبة ونحوه . قال ،
(ويستحلف في القصاص) بالإجماع (فإن نكل اقتص منه في الأطراف وفي النفوس يجبس
حتى يحلف أو يقر) وقالوا : يلزمه الأرش فيهما ، لأن النكول إقرار فيه شبهة العدم فلا
يثبت به القصاص ، فيجب المال سيما إذا ادعى الولي العمد والآخر الخطأ . ولأبي حنيفة
أن الأطراف تجري مجرى الأموال فيجوز فيها البذل حتى لو قال لغيره اقطع يدي فقطعها
لا شيء عليه ، وهذا دليل البذل ، إلا أنه لا يباح له القطع ، لأنه لا فائدة له فيه ، والبذل
هنا مفيد لانقطاع الخصومة ، ولا كذلك النفس فلا يجوز فيها البذل ، وإذا امتنع القصاص
في النفس واليمين مستحقة عليه يجبس بها كما في القسامة . قال (وإن ادَّعَتْ عَلَيْهِ طَلَاَقًا
قَبْلَ الدَّخُولِ اسْتَحْلَفَ) لأنه دعوى مال (فإن نكل قُضِيَ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الْمَهْرِ) لما مر ،
وكذا إذا ادَّعَتْ الصَّدَاقَ فِي النِّكَاحِ اسْتَحْلَفَ لَأَنَّهُ دَعْوَى مَالٍ ، وَيُثَبَّتُ الْمَالُ بِالنِّكَاحِ
دُونَ النِّكَاحِ وَقَدْ مَرَّ (وَالْيَمِينُ بِاللَّهِ تَعَالَى لَا غَيْرَ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ كَانَ حَالِفًا
فَلْيَحْلِفْ بِاللَّهِ أَوْ لِيَذَرَ » (وَتُغْلَظُ بِأَوْصَافِهِ إِنْ شَاءَ الْقَاضِي) وَقِيلَ يَخْتَلِفُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ
حَالِ الْحَالِفِ وَصِلَاحِهِ وَخَوْفِهِ وَقِلَّةِ مَبَالَاتِهِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَقِيلَ يَخْتَلِفُ بِكَثْرَةِ الْمَالِ وَقِلَّتِهِ ،
وَيَنْبَغِي لِلْقَاضِي أَنْ يَعْظَ الْحَالِفَ قَبْلَ الْحَلْفِ ، وَيَعْظُمُ عِنْدَهُ حَرَمَةُ الْيَمِينِ ، وَيَتْلُو عَلَيْهِ قَوْلَهُ
تَعَالَى - إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا - الْآيَةَ ، وَيَذَكِّرُ لَهُ قَوْلَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ
وَسَلَّمَ « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ صَبْرٍ لِيَقْتَطَعَ بِهَا مَالٌ أَمْرِي مُسْلِمٌ لِقَى اللَّهَ تَعَالَى وَهُوَ عَلَيْهِ غَضَبَانِ »

وَيُحْتَاطُ مِنَ التَّكَرَّارِ ، وَلَا تُغْلَظُ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ ، وَيُسْتَحْلَفُ الْيَهُودِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَةَ عَلَى مُوسَى ، وَالنَّصْرَانِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي أَنْزَلَ الْإِنْجِيلَ عَلَى عِيسَى ، وَالْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ الَّذِي خَلَقَ النَّارَ ، وَالْوَثْنِيُّ بِاللَّهِ ، وَلَا يُحْلَفُونَ فِي بُيُوتِ عِبَادَاتِهِمْ ،

وتغليظ اليمين أن يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم ، الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، الكبير المتعال ، ويزيد عليه ما يشاء وينقص (ويحْتَاط من التكرار) بادخال الحروف العاطفة بين هذه الأسماء ، فان المستحق عليه يمين واحدة (ولا تغلظ بزمان ولا مكان) لأن تعظيم المقسم به حاصل في كل زمان ومكان وهو المقصود ، ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعناق للحديث . وقيل يحلف في زماننا لقلّة مبالاة الناس باليمين الكاذبة وكثرة إقدامهم على ذلك ، وكرهتهم اليمين بالطلاق والعناق ، لأن المقصود امتناعهم عن اليمين الكاذبة وبجحود الحق ، وذلك فيما يعظمونه أكثر . قال (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى ، والمجوسى بالله الذى خلق النار) والأصل في ذلك ما روى « أنه صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا اليهودى على حكم الزنا في التوراة فقال له : أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى » وإذا ثبت هذا في اليهودى فالنصرانى مثله في الإنجيل ، والمجوسى في النار ، لأن النصرانى يعظم الإنجيل ، والمجوسى يعظم النار كتعظيم اليهودى التوراة ، فيحلفهم بما يكون أعظم في صدورهم ، والمذكور في المجوسى قول محمد . أما عندهما يحلف بالله لا غير ، لأن التغليظ بغير الله تعالى لا يجوز ، ولأن ذكر النار مع ذكر الله تعالى تعظيم لها ، ولا يجوز ، إلا أن اليهودى والنصرانى ورد فيهما نص خاص ، ولأن كتب الله تعالى معظمة . وعن أبى خنيفة رحمه الله : أنه لا يحلف أحد إلا بالله خالصا (و) يحلف (الوثنى بالله) لأنهم يعتقدون الله ، قال الله تعالى - ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله - ولا يستحلف بالله الذى خلق الوثن والصنم لما مر ، ولو اقتصر في الكل على قوله بالله فهو كاف ، لأن الزيادة للتأكيد كما قلنا في المسلم ، وإنما يغلظ ليكون أعظم في قلوبهم ، فلا يتجاسرون على اليمين الكاذبة . قال (ولا يحلفون في بيوت عباداتهم) لأن الغرض اليمين بالله ، ولأن ذلك يشعر بتعظيمها ولا يجوز ، ولأن المسلم ممنوع من دخولها . ويستحلف الأخرس فيقول له القاضى : عليك عهد الله إن كان لهذا عليك هذا الحق ، ويشير الأخرس برأسه : أى نعم .

ثم الاستحلاف على نوعين : على العقود الشرعية والأفعال الحسية ، فالعقود الشرعية :

فِيُحْلَفُهُ فِي الْبَيْعِ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيمَا ذُكِرَ ، وَفِي النِّكَاحِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ ، وَفِي الطَّلَاقِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ ، وَفِي الْوَدِيعَةِ مَا لَهُ هَذَا الَّذِي ادَّعَاهُ فِي يَدِكَ وَدِيعَةٌ وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ، وَلَا لَهُ قَبْلَكَ حَقٌّ ،

يُحْلَفُ الْقَاضِي عَلَى الْحَاصِلِ بِاللَّهِ مَا قَبْلَكَ مَا ادَّعَى مِنَ الْحَقِّ ، وَلَا يُحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ وَهُوَ الْعَقْدُ ، لِأَنَّ الْعَقْدَ رُبَّمَا انْفَسَخَ بِالتَّفَاسُخِ أَوْ بِالْبَرَاءَةِ مِنْ مَوْجِبِهِ بِالْإِبْرَاءِ وَالْإِيْفَاءِ فَيَتَضَرَّرُ بِذَلِكَ لِأَنَّهُ إِنْ حَلَفَ كَذِبٌ ، وَإِنْ لَمْ يُحْلَفْ قَضِيَ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ ، وَلَا كَذَلِكَ إِذَا حَلَفَ عَلَى الْحَاصِلِ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مُحَقَّقًا أَمَكَّنَهُ الْحَلْفُ فَلَا يَتَضَرَّرُ ، وَقِيلَ إِنْ أَنْكَرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ السَّبَبَ حَلَفَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ أَنْكَرَ الْحَكْمَ حَلَفَ عَلَى الْحَاصِلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي ذَلِكَ تَرْكُ النَّظَرِ لِلْمُدَّعَى بِأَنْ يَدَّعَى الشُّفْعَةَ بِالْجَوَارِ أَوْ نَفَقَةَ الْمُبْتَوَةِ وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ لَا يَرَاهَا ، فَحِينَئِذٍ يُحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ ، لِأَنَّهُ إِذَا حَلَفَ عَلَى الْحَاصِلِ فَهُوَ يَعْتَقِدُ صَدَقَ يَمِينُهُ بِنَاءً عَلَى اعْتِقَادِهِ فَيَبْطُلُ حَقُّ الْمُدَّعَى ، فَيُحْلَفُ بِاللَّهِ مَا اشْتَرَيْتَ هَذِهِ الدَّارَ الَّتِي سَمَاهَا بِكَذَا ، وَفِي الْمُبْتَوَةِ بِاللَّهِ مَا هِيَ مَعْتَدَةٌ مِنْكَ ، وَمِثْلُهُ إِذَا ادَّعَتْ الْفَرَقَةَ بِمَضَى مَدَّةِ الْإِيْلَاءِ يُحْلَفُ بِاللَّهِ مَا آلَى مِنْهَا فِي وَقْتِ كَذَا وَلَا يُحْلَفُ بِاللَّهِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ لِأَنَّهُ لَا يَرَى ذَلِكَ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُحْلَفُ عَلَى الْعَقْدِ إِلَّا إِذَا ذَكَرَ شَيْئًا مِمَّا ذَكَرْنَا فَيُحْلَفُ عَلَى الْحَاصِلِ . وَالْأَفْعَالُ الْحَسِيَّةُ نَوْعَانِ : أَحَدُهُمَا يَسْتَحْلَفُ عَلَى الْحَاصِلِ أَيْضًا كَالْغَضَبِ وَالسَّرْقَةِ . وَالثَّانِي يُحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ عَلَى مَا نَبَّيْنَاهُ فِي أَثْنَاءِ الْمَسَائِلِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (فَيُحْلَفُ فِي الْبَيْعِ بِاللَّهِ مَا بَيْنَكُمَا بَيْعٌ قَائِمٌ فِيمَا ذَكَرَ ، وَفِي النِّكَاحِ مَا بَيْنَكُمَا نِكَاحٌ قَائِمٌ فِي الْحَالِ) لِأَنَّهُ قَدْ يَطْلُقُهَا أَوْ يُخَالِعُهَا بَعْدَ الْعَقْدِ (وَفِي الطَّلَاقِ مَا هِيَ بَائِنٌ مِنْكَ السَّاعَةَ ، وَفِي الْوَدِيعَةِ مَا لَهُ هَذَا الَّذِي ادَّعَاهُ فِي يَدِكَ وَدِيعَةٌ وَلَا شَيْءَ مِنْهُ ، وَلَا لَهُ قَبْلَكَ حَقٌّ) لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ قَدْ بَرَأَ مِنْ بَعْضِهَا أَوْ اسْتَهْلَكَهَا ، وَفِي الْغَضَبِ وَالسَّرْقَةِ إِنْ كَانَتِ الْعَيْنُ قَائِمَةً بِاللَّهِ مَا يَسْتَحَقُّ عَلَيْكَ رَدُّهُ لِأَنَّهُ قَدْ يَغْضِبُهُ ثُمَّ يَمْلِكُهُ بِبَيْعٍ أَوْ هِبَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ هَالِكَةً يَسْتَحْلَفُ عَلَى قِيمَتِهَا ، وَقِيلَ يُحْلَفُ عَلَى الثُّوبِ وَالْقِيَمَةِ جَمِيعًا . وَالنَّوْعُ الثَّانِي مِنَ الْأَفْعَالِ الْحَسِيَّةِ أَنْ يَدَّعَى عَلَى غَيْرِهِ أَنَّهُ وَضَعَ عَلَى حَائِطِهِ خَشْبَةً ، أَوْ بَنَى عَلَيْهِ ، أَوْ أَجْرَى مِيزَابًا عَلَى سَطْحِهِ أَوْ فِي دَارِهِ ، أَوْ رَمَى تَرَابًا فِي أَرْضِهِ ، أَوْ شَقَّ فِي أَرْضِهِ نَهْرًا ، فَانْهَ يُحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ بِاللَّهِ مَا فَعَلْتَ كَذَا لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا تَرْتَفِعُ ، وَمِثْلُهُ إِذَا ادَّعَى الْعَبْدَ الْمُسْلِمَ عَلَى مَوْلَاهُ الْعَتَقَ يُحْلَفُ عَلَى السَّبَبِ لِأَنَّهُ لَا يَرْتَفِعُ ، وَفِي الْأَمَةِ وَالْعَبْدِ الْكَافِرِ يُحْلَفُ عَلَى الْحَاصِلِ ، لِأَنَّ الرِّقَّ يَتَكَرَّرُ عَلَى الْأَمَةِ بِالرَّدِّ وَاللِّحَاقِ ، وَعَلَى الْعَبْدِ الْكَافِرِ بِنَقْضِ الْعَهْدِ وَاللِّحَاقِ وَلَا كَذَلِكَ الْمُسْلِمُ (١) ، وَيُحْلَفُ فِي الدِّينِ بِاللَّهِ مَا لَهُ عَلَيْكَ مِنَ الدِّينِ وَالْقَرْضِ عَلَيْكَ وَلَا كَثِيرٌ ، لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ أَدَّى الْبَعْضَ

(١) لِأَنَّ الرِّقَّ لَا يَتَكَرَّرُ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ إِذَا ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا يَقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا بِالْإِسْلَامِ أَوْ السَّيْفِ .

وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْ دَعَا عَلَيْهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ ، أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي ، أَوْ غَضَبْتُهُ مِنْهُ أَوْ أَعَارَنِي أَوْ أَجَرَنِي وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً فَلَا خُصُومَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْتَالًا ، وَإِذَا قَالَ الشُّهُودُ أَوْ دَعَا عَنْهُ رَجُلٌ لَانَعْرِفُهُ كَمْ تَتَدَفَّعُ الْخُصُومَةُ ؟

فصل

بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوَّلَى مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ عَلَى مُطْلَقِ الْمَلِكِ ،

أَوْ أَبْرَاهُ مِنْهُ فَلَا يَحْتِثُ فِي يَمِينِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَمَنْ افْتَدَى يَمِينَهُ مِنْ خَصْمِهِ بِمَالٍ صَالِحِهِ عَلَيْهِ جَازٍ وَسَقَطَ حَقُّهُ فِي الْإِسْتِخْلَافِ أَصْلًا . وَقَدْ رَوَى أَنَّ عُمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ افْتَدَى يَمِينَهُ وَقَالَ : أَخَافُ أَنْ يَصِيبَ النَّاسَ بَلَاءٌ فَيَقُولُونَ هَذَا يَمِينُ عُمَانَ . قَالَ (وَإِذَا قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ هَذَا الشَّيْءُ أَوْ دَعَا عَلَيْهِ فُلَانٌ الْغَائِبُ أَوْ رَهَنَهُ عِنْدِي أَوْ غَضَبْتُهُ مِنْهُ أَوْ أَعَارَنِي أَوْ أَجَرَنِي وَأَقَامَ عَلَى ذَلِكَ بَيِّنَةً فَلَا خُصُومَةَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْتَالًا) وَلَا بَدَّ مِنْ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ عَلَى دَعْوَاهُ لِدَفْعِ الْخُصُومَةِ لِأَنَّ بِالنَّظَرِ إِلَى كَوْنِهِ فِي يَدِهِ هُوَ خَصْمٌ ثُمَّ هُوَ بِإِقْرَارِهِ يَرِيدُ دَفْعَ الْخُصُومَةِ عَنْهُ فَلَا تَقْبَلُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ . وَقَوْلُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مُحْتَالًا قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ فَإِنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعْرُوفًا بِالصَّلَاحِ فَالْجَوَابُ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ مَعْرُوفًا بِالْحِيلِ لَا يَنْدَفِعُ ، لِأَنَّ الْمُحْتَالَ قَدْ يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَى غَيْرِهِ ، ثُمَّ ذَلِكَ الْغَيْرُ يُوَدِّعُهُ إِيَّاهُ ، وَيَسَافِرُ احْتِيَالًا لِدَفْعِ الْحَقِّ ، فَإِذَا عَرَفَهُ الْقَاضِي بِذَلِكَ لَا يَقْبَلُهُ (وَإِذَا قَالَ الشُّهُودُ أَوْ دَعَا عَنْهُ رَجُلٌ لَانَعْرِفُهُ لَمْ تَتَدَفَّعْ الْخُصُومَةَ) لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ الْمُدَّعَى وَلَوْ قَالُوا نَعْرِفُهُ بِوَجْهِهِ وَلَا نَعْرِفُ اسْمَهُ وَنَسَبَهُ انْدَفَعَتْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا تَتَدَفَّعُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْمَجْهُولِ بَاطِلٌ ، لِأَنَّ الْمُدَّعَى لَا يُمْكِنُ اتِّبَاعُهُ فَيَتَضَرَّرُ ، وَصَارَ كَالْفَصْلِ الْأَوَّلِ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْيَدَ تَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ وَتُوجِبُ الْخُصُومَةَ ، فَإِنْ أَثْبَتَ بِالْبَيِّنَةِ كَوْنَهُ مَوْدَعًا انْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ عَنْهُ ، إِلَّا أَنَّهُمْ إِذَا لَمْ يَعْرِفُوهُ بِوَجْهِهِ احْتَمَلُ أَنَّهُ الْمُدَّعَى فَلَا تَتَدَفَّعُ ، وَإِذَا عَرَفُوهُ بِوَجْهِهِ ثَبَتَ أَنَّهُ مَوْدَعٌ مِنْ غَيْرِ الْمُدَّعَى فَانْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ ، كَمَا إِذَا عَايَنَ الْقَاضِي أَنَّهُ أَوْ دَعَا عَنْهُ غَيْرَ الْمُدَّعَى ، إِذْ الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ كَعَايِنَةِ الْقَاضِي ، فَإِنْ قَالَ الْمُدَّعَى أَوْ دَعَا عَنْهُ ثُمَّ أَوْهَبَهَا مِنْكَ وَنَكَرَ يَسْتَحْلِفُهُ الْقَاضِي أَنَّهُ مَا وَهَبَهَا مِنْهُ وَلَا بَاعَهَا لَهُ ، فَإِنْ نَكَلَ صَارَ خَصْمًا ، وَلَوْ ادَّعَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ آخَرٍ فَهُوَ خَصْمُهُ لِأَنَّهُ أَقْرَأَ أَنَّ يَدَهُ يَدُ مَلِكٍ فَكَانَ خَصْمًا ، وَلَوْ قَالَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ نَصَفَ الدَّارَ لِي وَنَصَفَهَا وَدِيعَةُ فُلَانٍ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى ذَلِكَ انْدَفَعَتْ الْخُصُومَةُ فِي الْكُلِّ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ .

فصل

(بَيِّنَةُ الْخَارِجِ أَوَّلَى مِنْ بَيِّنَةِ ذِي الْيَدِ عَلَى مُطْلَقِ الْمَلِكِ) لِأَنَّهَا أَكْثَرُ إِثْبَاتًا لِأَنَّهَا تَثْبِتُ الْمَلِكَ

وإن أقام الخارج البيئنة على ملك مؤرخ ، وذو اليد على ملك أسبق منه تاريخاً فذو اليد أولى ، ولو أقاما البيئنة على النتاج أو على نسج ثوب لا يتكرر نسجه فبيئنة ذي اليد أولى ، وإن أقام كل واحد البيئنة على الشراء من الآخر ولا تاريخ لهما تهاترتا ، وإن ادّعى نكاح امرأة ، وأقاما البيئنة لم يقض لواحد منهما ،

للخارج وبينه ذي اليد لا ، لأن الملك ثابت له باليد ، وإذا كانت أكثر إثباتا كانت أقوى . قال (وإن أقام الخارج البيئنة على ملك مؤرخ ، وذو اليد على ملك أسبق منه تاريخاً فذو اليد أولى) لأن بيئته تثبت الملك له وقت التاريخ ، والخارج لا يدّعيه في ذلك الوقت ، وإذا ثبت الملك له ذلك الوقت فلا يثبت بعد ذلك لغيره إلا بالتلقى منه ، إذ الأصل في الثابت دوامه ، وكذا لو كانت في أيديهما وأقاما البيئنة على ما ذكرنا (ولو أقاما البيئنة على النتاج أو على نسج ثوب لا يتكرر نسجه فبيئنة ذي اليد أولى) لأن ما قامت عليه بيئنة لا تدلّ عليه اليد فتعارضتا فترجحت بيئنة ذي اليد باليد ، وكذا كل سبب لا يتكرر كغزل القطن وعمل الجبن والبلد وجزّ الصوف وحلب اللبن لأنه في معنى النتاج ، وإن كان يتكرر كالبناء وزرع الحبوب ونسج الخرز ونحوه فبيئنة الخارج أولى كما في الملك المطلق ، وإن أشكل قضى للخارج ، وإن تنازعا في دابة وأقاما البيئنة على النتاج وأرخا فمن وافقه سنّ الدابة فهو أولى ، وإن أشكل فهي بينهما لعدل الأولوية ، وإن خالف سنّ الدابة التاريخين تهاترتا وتركت في يد من كانت في يده . قال (وإن أقام كل واحد البيئنة على الشراء من الآخر ولا تاريخ لهما تهاترتا) قال محمد : يقضى للخارج لأنه أمكن العمل بالبيئتين بأن باعه الخارج وقبض ثم باعه ذو اليد ولم يقبض ، ولا ينعكس لعدم جواز البيع قبل القبض وإن كان عقارا عنده ، والعمل بالبيئتين واجب ما أمكن ، لأن البيئنة من الدلائل الشرعية ، وإن ذكرت البيئتان القبض عمل بهما ويكون لدى اليد ، ويجعل كأنه باع من الخارج وقبضها الخارج ، ثم باعها من ذي اليد وقبضها ذو اليد عملا بالبيئتين . ولهما أن شراء كل واحد من الآخر اعتراف بكون الملك له ، فكأن البيئتين قامتا على الاعترافين وإنه موجب للتهاتر ، لأنه لا يتصور أن يكون كل واحد بائعا ومشتريا في حالة واحدة ، ولا دلالة على السبق ولا ترجيح فيتعذر القضاء أصلا ، ثم هذا شيء بناء على أصله ، فإن عندهما يجوز بيع العقار قبل القبض ، فجاز أن يكون الخارج اشتراه أولا ثم باعه قبل القبض لدى اليد فيكون لدى اليد ، ومع الاحتمال لا يثبت الملك وإن وقتا ، فإن كان الخارج أولا قضى بهما ويكون لدى اليد ، وإن كان ذو اليد أولا قضى بهما أيضا والملك للخارج بالإجماع . قال (وإن ادّعى نكاح امرأة وأقاما البيئنة لم يقض لواحد منهما) لتعذر الاشتراك في النكاح

وَأَنْ وَقَّتَا فَهِيَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنْ ادَّعِيَا عَيْنَا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ قُضِيَ بَهَا بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ ، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ فَإِنْ شَاءَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ نَصْفَ الْعَبْدِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلآخَرِ أَخْذَ جَمِيعِهِ ، وَإِنْ وَقَّتَا فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، وَإِنْ وَقَّتَ أَحَدُهُمَا أَوْ كَانَ مَعَهُ قَبْضٌ فَهُوَ أَوَّلَى ، وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا أَوْ صَدَقَةً وَقَبْضًا وَلَا تَارِيخَ لَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوَّلَى ، وَإِنْ ادَّعَى الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ ، وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَالتَّارِيخِ ، أَوْ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ اثْنَيْنِ فَأُولُهُمَا أَوَّلَى ، وَإِنْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ لَهُ ،

ويرجع إلى تصديقها ، فمن صدقته كان زوجها ، لأن النكاح يثبت بتصادق الزوجين (وَإِنْ وَقَّتَا فَهِيَ لِلأَوَّلِ) منهما لأنه ثبت في وقت لا منازع له فيه فترجحت على الثانية . قال (وَإِنْ ادَّعِيَا عَيْنَا فِي يَدِ ثَالِثٍ وَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ أَنَّهَا لَهُ قُضِيَ بَهَا بَيْنَهُمَا) لاستوائهما في السبب (وَإِنْ ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الشِّرَاءَ مِنْ صَاحِبِ الْيَدِ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ ، فَإِنْ شَاءَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَخَذَ نَصْفَ الْعَبْدِ) بنصف الثمن لاستوائهما في السبب (وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) لوجود العيب بالشركة (فَإِنْ تَرَكَ أَحَدُهُمَا فَلَيْسَ لِلآخَرِ أَخْذَ جَمِيعِهِ) لأن بيع الكل انفسخ بقضاء القاضي بالنصف حتى لو فعل ذلك قبل القضاء جاز لأنه لم ينفسخ ببيع الكل (وَإِنْ وَقَّتَا فَهُوَ لِلأَوَّلِ) لما بينا (وَإِنْ وَقَّتَ أَحَدُهُمَا أَوْ كَانَ مَعَهُ قَبْضٌ فَهُوَ أَوَّلَى) أما الوقت فلأنه ثبت ملكه فيه ووقع الشك في ملك الآخر فيه فلا يثبت بالشك ، وأما القبض فلأنهما استويا في الإثبات فلا تنقض اليد الثانية بالشك ، ولأن القبض دليل تقدم شرائه فكان أولى . قال (وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا شِرَاءً ، وَالْآخَرُ هِبَةً وَقَبْضًا ، أَوْ صَدَقَةً وَقَبْضًا وَلَا تَارِيخَ لَهُمَا فَالشِّرَاءُ أَوَّلَى) لأنه يثبت بنفسه ، والهبة والصدقة تفتقر إلى القبض فكان أسرع ثبوتا فكان أولى ، وَإِنْ ادَّعَى أَحَدُهُمَا بَيْعًا وَالْآخَرُ رَهْنًا فَالْبَيْعُ أَوَّلَى ، لأن البيع يثبت الملك حقيقة في الحال ، والرهن إنما يثبت عند الهلاك تقليدا ، وكذا الهبة بعوض أولى من الرهن لما بينا (وَإِنْ ادَّعَى الشِّرَاءَ وَادَّعَتْ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا عَلَيْهِ فَهُمَا سَوَاءٌ) عند أبي يوسف لأنهما عقدا معاوضة يثبت الملك فيها بنفس العقد ، ثم ترجع على الزوج بنصف القيمة . وقال محمد : الشراء أولى ، وعلى الزوج القيمة عملا بالبنتين بتقديم الشراء ، لأن التزويج على ملك الغير جائز ، ثم ترد القيمة عند تعذر التسليم . قال (وَإِنْ أَقَامَ الْخَارِجَانِ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمَلِكِ وَالتَّارِيخِ ، أَوْ عَلَى الشِّرَاءِ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ مِنْ اثْنَيْنِ) غير ذي اليد (فَأُولُهُمَا أَوَّلَى ، وَإِنْ أَرَّخَ أَحَدُهُمَا فَهُوَ لَهُ) وقد مر .

وَأِنْ تَنَازَعَا فِي دَابَّةٍ أَحَدُهُمَا رَاكِبُهَا أَوْ لَهُ عَلَيْهَا حِمْلٌ فَهُوَ أَوْلَى (ف) وكذلك
إِنْ كَانَ رَاكِبًا فِي السَّرَجِ وَالْآخِرُ رَدِيفُهُ أَوْ لَابِسَ الْقَمِيصِ وَالْآخِرُ مُتَعَلِّقٌ
بِهِ ، وَبَيِّنَةُ النَّتَاجِ وَالنَّسْجِ أَوْلَى مِنْ بَيِّنَةِ مُطْلَقِ الْمَلِكِ ، وَالْبَيِّنَةُ بِشَاهِدَيْنِ
وَتَلَاثَةٍ (ف) وَأَكْثَرُ سَوَاءٌ .

فصل

اِخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ أَوْ الْمَبِيعِ فَأَيُّهُمَا أَقَامَ الْبَيِّنَةُ فَهُوَ أَوْلَى ، وَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ
فَالْمُثَبَّتَةُ لِلزِّيَادَةِ أَوْلَى ،

قال (وإن تنازعا في دابة أحدهما راكبها أو له عليها حمل فهو أولى) لأنه تصرف أظهر
وأدلّ على الملك (وكذلك إن كان راكبا في السرج والآخر رديفه ، أو لابس القميص
والآخر متعلق به) لما ذكرنا ، ولو كانا راكبين في السرج فهي بينهما لاستوائهما .
سفينة فيها راكب ، والآخر متمسك بسكانها (١) وآخر يحذف فيها ، وآخر يمدّها ،
فهى بينهم إلا المداد لاشيء له . عبد لرجل موسر على عنقه بدرة فيها عشرة آلاف درهم
في دار رجل معسر لا شيء له ، فادّعى البدره ، قال محمد : هي للموسر بشهادة الظاهر .
وعن محمد : قطار إبل على البعير الأول راكب ، وعلى الوسط راكب ، وعلى آخرها
راكب ، فادّعى كلّ واحد منهم القطار ، فلكلّ واحد البعير الذى هو راكبه لأنه
في يده وتصرّفه ، وما بين الأول والأوسط للأول لأنه قائد والقيادة تصرف ، وما بين
الأوسط والآخر بين الأول والأوسط نصفان لاستوائهما في التصرف ، وليس للآخر إلا
ما ركبه (وبينة النتاج والنسج) أولى من بينة مطلق الملك ، لأنها تثبت أولية الملك فلا تثبت
لغيره إلا بالتلقى منه . قال (والبينة بشاهدين وبثلاث وأكثر سواء) لأن الشرع جعل الكلّ
سواء في إثبات الحق وإلزام القاضى الحكم عند الانفراد فيستويان عند الاجتماع ، وكذا إذا
كانت إحدى البينتين أعدل ، لأن الشرط أصل العدالة وقد استويا فيه ، ولا اعتبار بما زاد
لأنه لا ضابط له .

فصل

(اختلفا في الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهو أولى) لأن كلّ واحد منهما مدّع وقد
ترجحت دعواه بالبينة (وإن أقاما البينة فالمثبته للزيادة أولى) لأن البينات للإثبات ، فهما

(١) قال في مختار الصحاح : السكان : ذنب السفينة .

فإن لم تكن لهما بيّنة يُقال للبائع : إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسسخنا البيع ؛ ويُقال للمشتري : إما أن تسلم ما ادّعاه البائع من الثمن وإلا فسسخنا البيع ، فإن لم يتراضيا يتحالفان ويفسخ البيع ويبدأ يمين البائع ولو كان البيع مقايضة بدأ بأيهما شاء ؛ ومن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه ،

كانت أكثر إثباتا كانت أقوى فترجع على الأخرى ، وإن كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبيّنة البائع في الثمن أولى لأنها أكثر إثباتا ، وبيّنة المشتري في المبيع أولى لأنها أكثر إثباتا (فإن لم تكن لهما بيّنة يقال للبائع : إما أن تسلم ما ادّعاه المشتري من المبيع وإلا فسسخنا البيع ؛ ويقال للمشتري : إما أن تسلم ما ادّعاه البائع من الثمن وإلا فسسخنا البيع) لأنهما قد لا يختاران الفسخ ، فإذا علما بذلك تراضيا ، فترفع المنازعة وهو المقصود (فإن لم يتراضيا يتحالفان ويفسخ البيع) ويحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى صاحبه . قال عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادّا » فيحلف البائع بالله ما باعه بألف كما يدّعيه المشتري ، ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بألفين كما ادّعاه البائع ، فإذا تحالفا قال لهما القاضي : ما تريدان ؟ فإن لم يطلبوا الفسخ تركهما حتى يصطلحا على شيء ، وإن طلبا الفسخ أو أحدهما فسخ ، لأنه لما لم يتعين الثمن ولا المبيع صار مجهولا فيفسخ قطعا للمنازعة ، ولا يفسخ بنفس التحالف حتى يتفاسحا أو يفسخ القاضي . قال (ويبدأ يمين البائع) في قول أبي يوسف الأول ، وهو رواية عن أبي حنيفة . قال عليه الصلاة والسلام « إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع » وأقلّ فائدته تقديم قوله . وقوله الآخر وهو قول محمد ، ورواية عن أبي حنيفة يبدأ يمين المشتري ، لأن البائع يطالبه بتسليم الثمن أولا وهو ينكر ، وهو لا يطالب البائع بتسليم المبيع للحال . قال (ولو كان البيع مقايضة) أو صرفا (بدأ بأيهما شاء) لاستوائهما في الإنكار ؛ ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا يبدأ يمين من بدأ الدعوى ، لأنهما استويا في الإنكار فيترجح بالبداية وإن ادّعيا معا يبدأ القاضي بأيهما شاء ، وإن شاء أقرع بينهما ؛ ولو اختلفا في جنس العقد فقال أحدهما بيع وقال الآخر هبة ، أو في جنس الثمن فقال أحدهما دراهم ، والآخر دنانير يتحالفان عند محمد وهو المختار ، لأن وصف الثمن وجنسه بمنزلة القدر لأن الثمن دين ، وإنما يعرف بجنسه ووصفه ، ولا وجود له بدونهما ، ولا كذلك الأجل ، فانه ليس بوصف ، لأن الثمن يبقى بعد مضيئه وقالوا : لا يتحالفان ، لأن نص التحالف ورد على خلاف القياس فيقتصر على مورده وهو الاختلاف في المبيع أو الثمن ، وجوابه ما مرّ . قال (ومن نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه) لما تقدّم في القضاء بالنكول . قال

وإن اختلفا في الأجل أو شرط الخيار ، أو استيفاء بعض الثمن لم يتحالفا ، والقول قول المنكر ، وإن اختلفا بعد هلاك المبيع لم يتحالفا ، والقول قول المشتري ، وإن اختلفا بعد هلاك بعض المبيع لم يتحالفا إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك ،

(وإن اختلفا في الأجل أو شرط الخيار ، أو استيفاء بعض الثمن لم يتحالفا) لأنه اختلاف في غير المعقود عليه ، لأن العقد لا يخل بعهده ، بخلاف الاختلاف في القدر لأنه لابقاء للعقد بدونه (والقول قول المنكر) لأنه ينكر الشرط فكان القول قوله . قال (وإن اختلفا بعد هلاك المبيع لم يتحالفا) عند أبي حنيفة وأبي يوسف (والقول قول المشتري) لأنه منكر . وقال محمد : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك ، وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملك المشتري أو صار بحال يمنع الفسخ بأن ازداد زيادة متصلة أو منفصلة . لمحمد أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعى الآخر وصاحبه ينكر فيتحالفان كما إذا كانت قائمة لأن القيمة بمنزلة العين عند عدمها . ولهما أن اليمين حجة المنكر حقيقة بالنص والبائع ليس بمنكر لأن المشتري ليس بمدّع ، لأن السلعة سلمت له ملكا ويدا ، وإذا لم يكن البائع منكرا لاليمين عليه ، والشرع ورد به حال قيام العين لفائدة الفسخ ، ولا فسخ بعدها لعدم بقاء العقد ، وأيهما أقام البينة قضى بها ، وإن أقاما فبينة البائع ، وإن ماتا أو أحدهما واختلفت الورثة فلا تحالف لأنهما ليسا متبايعين فلا يتناولهما النص . قال (وإن اختلفا بعد هلاك بعض المبيع لم يتحالفا إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك) وقال أبو يوسف : يتحالفان في الحى وينفسخ البيع فيه ، والقول في قيمة الهالك قول المشتري . وقال محمد : يتحالفان عليهما وينفسخ البيع في الحى وقيمة الهالك وعلى هذا إذا انتقص أو جنى عليه المشتري أو باع المشتري أحد العبدین . لمحمد أن هلاك السلعة لا يمنع التحالف عنده لما مر ، فهلاك البعض أولى . ولأبي يوسف أن المبيع إذا كان قائما يتحالفان ، وإن كان هالكا لا يتحالفان ، فإذا هلك نصفه وبقي نصفه يعطى كل نصف حكمه . ولأبي حنيفة أن النص ورد حال قيام السلعة ، بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره ، إلا أنه إذا رضى بترك حصة الهالك يصير الهالك كأن لم يكن وكأن العقد لم يرد إلا على الباقي ، ومن المشايخ من قال على قول أبي حنيفة يأخذ من ثمن الهالك ما أقر به المشتري دون الزيادة . وذكر محمد في الجامع قول أبي يوسف مع قوله وهو الصحيح ، فيحلف المشتري بالله ما اشترى بهما بألفين ، فإن نكل لزمه ، وإن حلف يحلف البائع ما بعتهما بألف ، فإن حلف يفسد العقد في القائم ويرد المشتري حصة الهالك من الثمن الذي أقر به ، ويقسم الثمن على قدر قيمتهما يوم القبض ، وإن اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع لأنه ينكر زيادة السقوط بعد اتفاقهما

وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء شيء من المنفعة في البذل أو في المبدل يتحالفان ويترادان ؛ وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفا والقول للمستأجر ؛ وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنافع يتحالفان ، ويفسخ العقد فيما بقي ، والقول فيما مضى قول المستأجر ؛ وإن اختلفا بعد الإقالة تحالفا وعاد البيع ؛ وإن اختلفا في المهر فأيهما أقام البينة قبلت ، وإن أقام فبينة المرأة ، فإن لم يكن لهما بينة

على الثمن ، وأيهما أقام البينة قبلت ، وإن أقام فبينة البائع لأنها أكثر إثباتا لأنها تثبت الزيادة في قيمة الهالك . قال (وإن اختلفا في الإجارة قبل استيفاء شيء من المنفعة في البذل أو في المبدل يتحالفان ويترادان) لأن الإجارة قبل استيفاء المنفعة نظير المبيع قبل القبض ؛ فإن اختلفا في الأجرة بدئ بيمين المستأجر لأنه منكر ، وإن اختلفا في المنفعة بدئ بيمين المؤجر ، وأنها أقام البينة قبلت ؛ وإن أقام فبينة المستأجر إن كان الاختلاف في المنفعة ، وإن كان في الأجر فبينة الآجر ، وإن كان فيهما قضى بالبيتين ، كما إذا قال أحدهما شهرا بعشرة ، والآخر شهرين بخمسة يقضى بشهرين بعشر (وإن اختلفا بعد استيفاء جميع المنفعة لم يتحالفا) بالإجماع (والقول للمستأجر) لأنه منكر ، وهذا على قولهما ظاهر . وأما على قول محمد فهو إنما يفسخ في الهالك فيرد القيمة ، والهالك هنا لقيمة له على تقدير الفسخ ، لأن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد ، فلو تحالفا وفسخ العقد تبين أنه لا عقد فيرجع على موضوعه بالنقض (وإن اختلفا بعد استيفاء بعض المنافع يتحالفان ، ويفسخ العقد فيما بقي والقول فيما مضى قول المستأجر) لأن الإجارة عندنا تنعقد شيئا فشيئا ، فما مضى صار كالهالك وما بقي لم ينعقد ، بخلاف البيع فإنه ينعقد جملة واحدة . قال (وإن اختلفا بعد الإقالة تحالفا وعاد البيع) ومعناه : اختلفا قبل القبض ؛ أما إذا قبض البائع المبيع بعد الإقالة ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ، وهذا على قول من يقول : إن الإقالة بيع لا إشكال إنما الإشكال على أنها فسخ ، إلا أنا نقول إنما أثبتنا التحالف فيها قبل القبض ، لأن القياس يوافق ، لأن البائع يدعى زيادة الثمن ، والمشتري ينكره ، والمشتري يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره ، فكل واحد منهما منكر فيحلف ، فكان التحالف على مقتضى القياس قبل القبض ، فأثبتنا التحالف قبل القبض بالقياس لا بالنص ، ولا كذلك بعد القبض ، فإنه على خلاف القياس ، لأن المبيع يسلم للمشتري ، فلا يدعى شيئا فلا يكون البائع منكرا . قال (وإن اختلفا في المهر فأيهما أقام البينة قبلت ، وإن أقام فبينة المرأة) لأنها أكثر إثباتا (فإن لم يكن لهما بينة

تخالفاً فأيهما نكّل قضي عليه ، وإذا تخالفاً يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما قالت أو أكثر قضي بقولها ، وإن كان مثل ما قال أو أقل قضي بقوله ، وإن كان أقل مما قالت وأكثر مما قال قضي بمهر المثل ؛ وإن اختلفا في متاع البيت فما يصلح للنساء فللمرأة ، وما يصلح للرجال فللرجل ؛ وإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر ، فما يصلح لهما فليلباقي ،

تخالفاً ، فأيهما نكل قضي عليه ؛ وإذا تخالفاً (لا يفسخ النكاح ، لأن أثر التحالف في انعدام التسمية ، وذلك لا يمنع صحة النكاح بدليل صحته بدون التسمية ، بخلاف البيع على ما عرف ، لكن (يحكم مهر المثل ، فإن كان مثل ما قالت أو أكثر قضي بقولها) لأن الظاهر شاهد لها (وإن كان مثل ما قال أو أقل قضي بقوله ، وإن كان أقل مما قالت وأكثر مما قال قضي بمهر المثل) لأنه لم تثبت الزيادة على مهر المثل نظراً إلى يمينه ، ولا الخطيئة منه نظراً إلى يمينها ، فإذا سقطت التسمية بالتحالف اعتبر مهر المثل كما إذا لم توجد التسمية حقيقة ، ويبدأ بيمين الزوج كما في المشتري لأنه منكر ، وإن طلقها قبل الدخول بها ثم اختلفا فالقول قوله في نصف المهر ؛ وذكر في الجامع الكبير بحكم متعة مثلها وهو قياس قولهما . وقال أبو يوسف : القول قول الزوج قبل الطلاق وبعده ، إلا أن يأتي بشيء يسير يكذبه الظاهر ، وهو ما لا يصح مهراً لها ، وقيل ما دون العشرة ، والأول أحسن . ولهما أن الظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل نظراً إلى المعتاد وإلى إنكار الأولياء وتعبيرهم بدون ذلك ، والقول في الدعوى قول من يشهد له الظاهر فيصار إليه . قال (وإن اختلفا في متاع البيت فما يصلح للنساء) كالمقنعة (١) والدولاب وأشباهه (فللمرأة) بشهادة الظاهر (وما يصلح للرجال) كالعمامة والقلنسوة ونحوه (فللرجل) وما يصلح لهما كالأواني والبسط ونحوها فللرجل أيضاً ، لأن المرأة والبيت في يد الرجل ، فكانت اليد شاهدة بالملك ، لأن الملك باليد لا أنه عارضه ما هو أقوى منه وهو ما يختص بها (وإن مات أحدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما يصلح لهما فليلباقي) لأن اليد للحي لا للميت . وقال محمد : ما يصلح لهما لورثة الزوج بعد موته لقيامهم مقامه ، وسواء اختلفا حالة قيام النكاح أو بعد الفرقة . وقال أبو يوسف : يدفع إلى المرأة ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها تأتي بالجهاز وهذا أقوى من ظاهر الزوج فيبطله ، وما وراءه لا يعارض يد الزوج فيكون له ، والطلاق والموت سواء ، لأن الورثة تقوم مقامه ، وإن كان أحد الزوجين مملوكاً فالكل للحرّ حالة الحياة ، لأن يده أقوى ، وللحي بعد الموت

(١) المقنعة بكسر الميم : ما تقنع به المرأة رأسها .

وإن اختلفا في قدر الكتابة لم يتحالفا .

فصل

وَلَوْ بَاعَ جَارِيَةً فَوَلَدَتْ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَادَّعَاهُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ ، وَيُفْسَخُ الْبَيْعُ وَيُرَدُّ الثَّمَنُ (سم) ،

لأنه لامعارض ليد . وقال أبو يوسف ومحمد : المأذون والمكاتب بمنزلة الحر لأن لهما يدا في الخصومات وغيرها . قال (وإن اختلفا في قدر الكتابة لم يتحالفا) وقالا . يتحالفان وتفسخ الكتابة لأنه عقد معاوضة ، والمولى يدعى بدلا زائدا والمكاتب ينكر ، والمكاتب يدعى استحقاق العبد عند أداء ما يدعيه من القدر والمولى ينكره فيتحالفان كالبيع . ولأبي حنيفة أن البدل مقابل في الحال بفك الحجر وهو سالم للعبد ، وإنه يبرر مقابل للعتق عند الأداء ، فكان اختلفا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان ، ويكون القول للمكاتب لأنه منكر للزيادة .

فصل في دعوى النسب

أعلم أن الدعوى ثلاثة : دعوة استيلاء ، ودعوة حرير وهي دعوة الملك ودعوة شبهة الملك ، فالأولى أن يدعى نسب ولد علق في ملكه يقينا كما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ويصح في الملك وغير الملك كما إذا باعه ، ويستند إلى وقت العلق احتيالا اثبت النسب تصحيحا لدعواه ، ويوجب فسخ ما جرى من العقود كبيع أم الولد إن كان الولد محلا للنسب ، ويجعل معترفا بالوطء من وقت العلق ، وأمومية الولد لا تتبع النسب ، لأن المقصود ثبوت النسب لأمومية الولد وهو تبع له ، ألا ترى أنها تضاف إليه فيقال أم ولده ، وتستفيد العتق من جهته ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ولهذا ثبتت له حقيقة الحرية لها حق الحرية . والثانية أن يدعى نسب ولد علق في غير ملكه فيصح في الملك خاصة ، ولا يجب فسخ العقد ويعتق إن أمكن وإلا فلا . والثالثة أن يدعى ولد جارية ولده ، فيصح بناء على ولايته على ولده من وقت العلق إلى وقت الدعوة ، شرط صحة هذه الدعوة قيام ولاية تملك الجارية من وقت العلق إلى وقت الدعوة لأنه يملكها بالاستيلاء مقتضى للوطء السابق ، ثم الأولى أولى لأنها تستند إلى وقت العلق ، والثانية تقتصر على الحال ، والثانية أولى من الثالثة ، لأن التحرير متى صح من الابن بطلت ولاية الأب للتملك لفوات الشرط .

جئنا إلى مسائل الكتاب . قال ولو باع جارية فولدت لأقل من ستة أشهر فادَّعَاهُ فَهُوَ ابْنُهُ وَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ ، ويفسخ البيع ويرد الثمن) وهذا استحسنان ، والقاس أن دعواه

وَلَا تُقْبَلُ دَعْوَةُ الْمُشْتَرَى مَعَهُ ، فَإِنْ مَاتَ الْوَلَدُ ثُمَّ ادَّعَاهُ لَا يَثْبُتُ الْاسْتِيلَادُ فِيهَا ، فَإِنْ مَاتَتِ الْأُمُّ ثُمَّ ادَّعَاهُ يَثْبُتُ نَسَبُهُ ، وَيَرَدُّ كُلُّ الثَّمَنِ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ مَا بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ إِلَى سَنَتَيْنِ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ الْمُشْتَرَى ثَبَتَ النَّسَبُ وَفُسِّخَ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ سَنَتَيْنِ لَا تَصَحُّ دَعْوَةُ الْبَائِعِ ، وَلَا يَفْسُخُ الْبَيْعُ ، وَلَا يُعْتَقُ الْوَلَدُ ، وَلَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ،

باطلة لوجود التناقض ، لأن بيعه دليل عبودية الولد . ووجه الاستحسان أن العلق حصل في ملكه يقينا ، والظاهر عدم الزنا فيكون منه ، ومبنى العلق على الحفاء فلا تناقض فصحت دعواه ، فيستند إلى وقت العلق ويفسخ البيع لما بينا ويرد الثمن لأنه مقتضى فسخ البيع (ولا تقبل دعوة المشتري معه) لسبقها ، لأنها تستند إلى وقت العلق ولا كذلك دعوة المشتري . قال (فإن مات الولد ثم ادَّعاه) يعنى البائع (لا يثبت الاستيلاد فيها ، فإن ماتت الأم ثم ادَّعاه يثبت نسبه) لما تقدم أن أمومية الولد تبع للنسب . قال (ويرد كل الثمن) وقالوا : يرد حصة الولد خاصة بناء على أن أم الولد غير متقومة في العقد والغصب عنده وعندهما متقومة فيضمها ، وكذا لو ادَّعاه بعد ما أعتقه المشتري لا يصح وبعد إعتاقها يصح ، لأن الامتناع في الأم لا يوجب الامتناع في الولد كولد المغرور المستولد بالنكاح ، ولا كذلك بالعكس ، وإذا صحت الدعوة بعد إعتاقها ثبت النسب وفسخ العقد ورد الثمن على ما مر ، وإنما كان إعتاق الولد مانعا لأن العتق لا يحتمل النقص كحق استلحاق النسب فاستويا ، ولأن الثابت من المشتري حقيقة الإعتاق ، والثابت للبائع حق الدعوة في الولد وفي الأم حق الحرية فلا يعارض الحقيقة ، فعلى هذا لو ادَّعاه المشتري أولا لا يصح دعوى البائع بعده ، لأن دعوة المشتري دعوة تحرير فصار كما إذا أعتقه ، والتدبير كالعتق لأنه لا يحتمل النقص . قال (وإن جاءت به ما بين ستة أشهر إلى سنتين فإن صدقه المشتري ثبت النسب وفسخ البيع وإلا فلا) لاحتمال العلق في ملكه فلم يوجد اليقين فيتوقف على تصديق المشتري ، فإذا صدقه ثبت النسب ، لأن الحق لهما فيثبت بتصادقهما إذا أمكن ، والولد حر والجارية أم ولد كما مر ، وإذا ادَّعاه فدعوة المشتري أولى لقيام ملكه واحتمال العلق فيه . قال (وإن جاءت به لأكثر من سنتين لا تصح دعوة البائع) لليقين بعدم العلق في ملكه ، لكن إذا صدقه المشتري ثبت النسب ، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتصادقهما حملا لأمره على الصلاح (ولا يفسخ البيع ولا يعتق الولد ولا تصير أم ولد له) ووجهه ظاهر ، وإن لم تعلم مدة الولادة بعد البيع لا تصح دعوة البائع إلا بتصديق المشتري لوقوع الشك في وقت العلق وتصح دعوة المشتري لأنه ينكر فسخ البيع ، ولا حجة للبائع ، وإن ادَّعاه لا تصح واحدة منهما للشك ، والمسلم

وَمَنْ ادَّعَى نَسَبَ أَحَدِ التَّوَأْمَيْنِ ثَبَّتَ نَسَبَهُمَا مِنْهُ .

والذى والحربى والمكاتب فى ذلك سواء ؛ وإن ادَّعى البائع قبل الولادة فهو موقوف ، فإن ولد حيا صحت وإلا فلا ، ولو اشتراها حبلى ثم باعها لاتصح دعواه ، وإن اختلفا فالقول للبائع لأنه المتمكن . من وطئها ؛ وإن حبلت أمة فى ملك رجل فباعها وتداولتها الأيدى ثم رجعت إلى الأول فولدت فى يده وادَّعاه ثبت نسبه منه وبطلت البيوع كلها وتراجعوا الأثمان لما بينا ، ولو لم يكن أصل الحمل عنده لم تبطل العقود . قال (ومن ادَّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لأنهما خلقا من ماء واحد لأنه اسم لولدين ولذا ليس بينهما ستة أشهر فاستحال انعلاق الثانى من ماء آخر ، فاذا ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الآخر ، ويبطل ما جرى فيه من العقود من بيع وعتق وغير ذلك .

فصل

كل قولين متناقضين صدرا من المدعى عند الحاكم إن امكن التوفيق بينهما قبلت الدعوى صيانة لكلامه عن اللغو نظرا إلى عقله ودينه ، وإن تعذر التوفيق بينهما لم تقبل ، كما إذا صدر من الشهود ، وكل ما أثر فى قدح الشهادة أثر فى منع استماع الدعوى . قال أبو حنيفة : إذا قال المدعى ليس لى بينة على دعوى هذا الحق ثم أقام البينة عليه لم تقبل لأنه أكذب بيئته ، وعن محمد أنها تقبل لأنه يجوز أنه نسيها ؛ ولو قال : ليس لى على فلان شهادة ثم شهد له لم تقبل ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه تقبل شهادته لاحتمال النسيان أيضا . وروى ابن رستم عن محمد : إذا قال لاشهادة لفلان عندى فى حق بعينه ثم جاء وشهد له قبلت لأنه يقول نسيت ، ولو قال : لأعلم لى حقا ، أو لا أعلم لى حجة ثم ادَّعى حقا أو جاء بحجة قبلت ، ولو قال : ليس لى حق لا تقبل ، ولو قال : ليس لى حجة قبلت لاحتمال الخفاء فى البينة دون الحق . وروى ابن سماعة عن محمد : لو قال هذه الدار ليست لى ثم أقام البينة أنها له قضى له بها لأنه لم يثبت ذلك حقا لأحد فكان ساقطا ، ألا ترى أن الملاحن إذا ادَّعى نسب الولد صح لما أنه لم يثبت النسب من غيره باللعان ؟ . وروى هشام عن محمد : لو قال لاحق لى بالرى فى دار ولا أرض ثم أقام البينة على ذلك فى يد إنسان بالرى قبلت ، ولو عين فقال : لاحق لى بالرى فى رستان كذا فى يد فلان ، ثم أقام البينة لم تقبل إلا أن تقوم البينة أنه أخذه منه بعد الإقرار ، ولو قال لرجل : ادفع إلى هذه الدار أسكنها ، أو هذا الثوب ألبسه ونحو ذلك فأبى ثم ادَّعى السائل ذلك صح ، لأنه يقول : إنما طلبتها بطريق الملك لا بالعارية . وفى الفتاوى : باع عقارا وابنه أو زوجته حاضر وتصرف المشتري فيه ثم ادَّعى الابن أنه ملكه ولم يكن لأبيه اتفق مشايخنا أنه

كتاب الإقرار

لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبس محض ، وحضوره عند البيع وترك المنازعة إقرار منه أنه ملك البائع ، وجعل سكوته في هذه الحالة كالإيضاح بالإقرار قطعاً للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس ، ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها كانت وقفاً عليه لا تسمع للتناقض ، لأن الإقدام على البيع إقرار بالملك ، وليس له تحليف المدعى عليه ، ولو أقام البينة ، قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى وينقض البيع ، وقيل لا تقبل ههنا لأنها تثبت فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض ، ولو ردّ الجارية بعيب فأنكر البائع البيع فأقام المشتري البينة على الشراء وأقام البائع أنه قد برأ إليه من العيب لم تقبل ، لأن جحوده البيع إنكار للبراءة فيكون مكذبا شهوده ، ولو أنكر النكاح ثم ادّعى أنه قبلت بينته على ذلك ، وفي البيع لا تقبل ، لأن البيع انفسخ بالإنكار والنكاح لا ، ألا ترى أنه لو ادعى تزويجا على ألف فأنكرت فأقامت البينة على ألفين قبلت ، ولا يكون إنكارها تكذيبا للشهود ؟ وفي البيع لا تقبل ويكون تكذيبا للشهود .

كتاب الإقرار

وهو في الأصل : التسكين والإثبات ، والقرار : السكون والثبات ، يقال : قرّ فلان بالمنزل إذا سكن وثبت ، وقررت عنده كذا : أى أثبتته عنده ، وقرار الوادى : مطمئنه الذى يثبت فيه الماء ، ويقال : استمرّ الأمر على كذا : أى ثبت عليه ، وسميت أيام منى أيام القرّ لأنهم يثبتون بها ويسكنون عن سفرهم وحركتهم هذه الأيام ، ومنه الدعاء : أقر الله عينه إذا أعطاه ما يكفيه فسكنت نفسه ولا تطمح إلى شيء آخر . وفى الشرع : اعتراف صادر من المقرّ يظهر به حقّ ثابت فيسكن قلب المقرّ له إلى ذلك ، وهو حجة شرعية ، دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فقوله تعالى - كونوا قوّامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم - والشهادة على النفس إقرار ، فلو لا أنّ الإقرار حجة لما أمر به ، وقوله تعالى - وليلل الذى عليه الحقّ - وأنه إقرار على نفسه . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام فى حديث العسيف (١) « واغد أنت يا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزاً وللغامدية بالإقرار ، وعليه الإجماع ، ولأنه خبر صدر عن صدق لعدم التهمة ، إذ المسال محبوب

(١) قوله حديث العسيف ، لم ينقل الشارح الحديث بتمامه ، لأن إثبات مدّعى يكفى فيه ما ذكره ، وإلا فلفظ الحديث كما رواه صاحب سبل السلام بسنده هكذا : =

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الْمُقِرِّ إِذَا كَانَ عَاقِلًا بَالِغًا إِذَا أَقَرَّ بِمَعْلُومٍ ، وَسَوَاءٌ أَقَرَّ بِمَعْلُومٍ أَوْ بِمَجْهُولٍ وَيُسَيَّنُ الْمَجْهُولُ ،

طبعاً فلا يكذب في الإقرار به لغيره وهو حجة مظهرة للحق ملزمة للحال ، حتى لو أقَرَّ بدين أو عين على أنه بالخيار ثلاثة أيام لزم المال وبطل الخيار وإن صدقه المقر له في الخيار لأن الخيار للفسخ ، وهو لا يحتمل الفسخ لأنه إخبار والفسخ يرد على العقود ، ولأن حكمه ظهور الحق وهو لا يحتمل الفسخ ، وشرطه كون المقر به مما يجب تسليمه إلى المقر له حتى لو أقَرَّ بكف تراب أو حبة حنطة لا يصح ، وحكمه ظهور المقر به ، لأنه إخبار عن كائن سابق حتى لو أقَرَّ لغيره بمال والمقر له يعلم كذبه لا يحل له أخذه على كره منه إلا أن يعطيه بطيبة نفس منه ، فحينئذ يكون تمليكا مبتدأ كالهبة . قال (وهو حجة على المقر إذا كان عاقلاً بالغاً) ويصح إقرار العبد في بعض الأشياء على ما مر في الحجر . قال (إذا أقَرَّ لمعلوم) لأن فائدة الإقرار ثبوت الملك للمقر له ، ولا يمكن إثباته لمجهول . قال (وسواء أقَرَّ بمعلوم أو بمجهول وبين المجهول) أما المعلوم فظاهر ، وأما المجهول فلأنه قد يكون عليه حق ولا يدري كميته كغرامة متلف لا يدري كم قيمته أو أرش جراحة أو باقى دين أو معاملة أو كان يعلمه ثم أنسى ، والجهالة لا تمنع صحة الإقرار لأنه إخبار عن ثبوت الحق والبيان عليه ، كما إذا اعتق أحد عبديه فيبينه ، إما بنفسه أو بالجبر من القاضى إيصالاً للحق إلى المستحق ، ، بخلاف جهالة المقر له على ما بينا ، وبخلاف الشهود لأنه لا حاجة بهم إلى أداء الشهادة والمقر له حاجة لخلاص ذمته ، ولأن الشهادة تبنى على الدعوى ، والدعوى بالمجهول لا تقبل ، ولأنها لا توجب الحق إلا بانضمام القضاء إليها ، والقضاء بالمجهول غير ممكن والإقرار موجب بنفسه ، ولهذا لا يعمل الرجوع فيه ويعمل في الشهادة قبل القضاء بها

وعن أبي هريرة رضى الله عنه وزيد بن خالد الجهنى « أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أنشدك الله إلاً قضيت لى بكتاب الله تعالى ، فقال الآخر وهو أفقه منه : نعم فاقض بيننا بكتاب الله وئذن لى ، فقال قل ، قال : إن ابنى كان عسيفاً على هذا ، فزنى بامرأته ، وإنى أخبرت أن على ابنى الرجم ، فافتديت منه بمائة شاة ووليدة ، فسألت أهل العلم فأخبرونى أن ما على ابنى جلد مائة وتغريب عام ، وأن على امرأة هذا الرجم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم رد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت فارجمها » اه الحديث . العسيف : الأجير .

فَإِنْ قَالَ لَهُ عَلَى شَيْءٍ أَوْ حَقٍّ لَزِمَهُ أَنْ يُبَيِّنَ مَالَهُ قِيَمَةً ، فَإِنْ كَذَّبَهُ الْمُقَرُّ لَهُ فِيمَا بَيَّنَّ فَالْقَوْلُ لِلْمُقَرِّ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ بِمَالٍ لَمْ يُصَدَّقْ فِي أَقَلِّ مِنْ دِرْهَمٍ ، وَإِنْ قَالَ : مَالٌ عَظِيمٌ فَهُوَ نَصَابٌ مِنَ الْجِنْسِ الَّذِي ذَكَرَ ، وَقِيَمَةُ النَّصَابِ فِي غَيْرِ مَالِ الزَّكَاةِ ، وَإِنْ قَالَ : أَمْوَالٌ عَظَامٌ فَثَلَاثَةُ نُبُصٍ ، وَإِنْ قَالَ : دَرَاهِمٌ فَثَلَاثَةُ ، وَإِنْ قَالَ : كَثِيرَةٌ فَعَشْرَةٌ ، وَلَوْ قَالَ : كَذَا دِرْهَمًا فَدِرْهَمٌ ، وَكَذَا كَذَا أَحَدَ عَشَرَ ، وَلَوْ ثَلَاثَ فَكَذَلِكَ ،

قال (فإن قال له على شيء أو حق لزومه أن يبين ماله قيمة) لأنه أقر بالوجوب في ذمته لأنها محل الوجوب ، وما لقيمة له لا يجب فيها (فإن كذبه المقر له فيما بين فالقول للمقر مع يمينه) لأنه منكر للزيادة . قال (وإن أقر بمال لم يصدق في أقل من درهم) لأن مادون ذلك لا يعد مالا عرفا (وإن قال مال عظيم فهو نصاب من الجنس الذي ذكر) معناه إن ذكر الدرهم فمائتا درهم ، ومن الذهب عشرون مثقالا ، ومن الغنم أربعون شاة ، ومن البقر ثلاثون بقرة ، ومن الإبل خمس وعشرون لأنه أدنى نصاب يجب فيه من جنسه ، وفي الحنطة خمسة أوسق ، لأنه هو المقدّر بالنصاب عندهما ، وعن أبي حنيفة أنه يرجع إلى بيان المقر (وقيمة النصاب في غير مال الزكاة) لأن النصاب عظيم ، لأن مالكة غني والغني معظم عند الناس . وعن أبي حنيفة أنه مقدّر بعشرة دراهم لأنها عظيمة حتى يستباح بها الفرج وقطع اليد والأول أصح (وإن قال أموال عظام فثلاثة نصب) من النوع الذي سماه لأنه جمع عظيم وأقله ثلاثة (وإن قال دراهم فثلاثة) لأنها أقل الجمع فهي متيقنة (وإن قال كثيرة فعشرة) وقالوا : مائتان لأن الكثير ما يصير به مكثرا وذلك بالنصاب . ولأبي حنيفة أن العشرة أقصى ما يتناوله اسم الجمع بهذا اللفظ فيكون هو الأكثر فيصرف إليه ، وفي الدنانير عندهما نصاب عشرون مثقالا ، وعنده عشرة أيضا لما مر ، وكل ما ذكرنا من التقديرات لو زاد فيها قبل لأنه أعرف بما أجمل ، ويلزمه من الدراهم المعتادة بالوزن المعتاد في البلد ، وإن كان في البلد أوزان مختلفة أو نقود وجب أقلها للتيقن ، ولو قال على ثياب كثيرة أو وصائف (١) كثيرة يلزمه عنده عشرة وعندهما ما يبلغ قيمته مائتي درهم لما مر (ولو قال كذا درهما فدرهم) لأنه فسر ما أبهم ، وقيل يلزمه عشرون وهو القياس لأن كذا يذكر للعدد عرفا ، وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون (وكذا كذا أحد عشر) درهما لأنه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف ، وأقل ذلك في المفسر أحد عشر درهما (ولو ثلث) بغير واو (فكذلك) لأنه لانظير له سواء

(١) قوله وصائف : أي جواراه .

وَلَوْ قَالَ : كَذَا وَكَذَا فَأَحَدٌ وَعَشْرُونَ ، وَلَوْ ثَلَاثٌ بِالْوَاوِ تَزَادُ مِائَةً ، وَلَوْ رُبْعٌ تَزَادُ أَلْفٌ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَكِيلٍ وَمَوْزُونٍ ، وَلَوْ قَالَ : مِائَةٌ وَدِرْهَمٌ فَالْكُلُّ دَرَاهِمٌ ، وَكَذَا كُلُّ مَا يُكَالُ وَيُوزَنُ ، وَلَوْ قَالَ : مِائَةٌ وَثَوْبٌ يَلْزَمُهُ ثَوْبٌ وَاحِدٌ ، وَتَفْسِيرُ الْمِائَةِ إِلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ مِائَةٌ وَثَوْبَانِ ، وَلَوْ قَالَ مِائَةٌ وَثَلَاثَةُ أَثْوَابٍ فَالْكُلُّ ثِيَابٌ (ف) ، وَإِنْ قَالَ لَهُ : عَلَىَّ أَوْ قَبْلِي فَهُوَ دَيْنٌ وَعِنْدِي وَمَعِيَ وَفِي بَيْتِي أَمَانَةٌ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : آخِرُ : لِي عَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَالَ : اَتْرُتْهَا أَوْ اَنْتَقِدْهَا أَوْ أَجَلْنِي بِهَا أَوْ قَضَيْتُكَهَا أَوْ أَجَلْتُكَ بِهَا فَهُوَ إِقْرَارٌ ،

(ولو قال كذا وكذا فأحد وعشرون) لأنه نظيره من المفسر (ولو ثلث بالواو تزداد مائة ، ولو ربع تزداد ألف) اعتبارا بالنظير من المفسر (وكذلك كل مكيل وموزون) وهذا كله إذا ذكر الدرهم بالنصب ، وإن ذكره بالخفض بأن قال : كذا درهم عن محمد مائة درهم ، لأن أقل عدد يذكر الدرهم عقيبہ بالخفض مائة ، فإن قال : كذا كذا درهم يلزمه مائتا درهم ولو قال : كذا كذا دينارا أو درهما فعليه أحد عشر منهما بالسوية عملا بالشركة ، ولو قال : عشرة ونيف فالبيان في النيف إليه ، ويقبل تفسيره في أقل من درهم لأنه عبارة عن مطلق الزيادة ، يقال : نيف على الشيئين إذا زاد عليهما ؛ ولو قال : على بضعة وعشرون فالبضع ثلاثة فصاعدا (ولو قال : مائة ودرهم فالكل دراهم ، وكذا كل ما يكال ويوزن ، ولو قال : مائة وثوب يلزمه ثوب واحد وتفسير المائة إليه) وهو القياس في الدرهم ، لأن المائة مبهمة ، والدرهم لا يصلح تفسيراً لأنه معطوف عليها والتفسير لا يذكر بحرف العطف . وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا عند كثرة الاستعمال والوجوب التكرار في كل عدد ، واكتفوا به مرة واحدة عقيب العددين ، وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون . أما الثياب وما لا يكال ولا يوزن ، فهي على الأصل لأنه لا يكثر وجوبها (وكذلك لو قال : مائة وثوبان) لما بينا (ولو قال : مائة وثلاثة أثواب فالكل ثياب) لأنه ذكر عقيب العددين ما يصلح تفسيراً لهما وهو الثياب لأنه ذكرها بغير عاطف ، فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير ، وكذلك الإقرار بالغصب في جميع ما ذكرنا من الصور . قال (وإن قال له على أو قبلي فهو دين) لأنه مستعمل للإيجاب عرفاً ، والذمة محل الإيجاب فيكون ديناً ، إلا أن يبين موصولاً أنها وديعة لأنه يحتمل مجازاً فلا يصدق إلا بالبيان موصولاً (و) لو قال (عندي ومعى وفي بيتي) فهو (أمانة) لأنه يستعمل في الأمانات لأنه إقرار بكونه في يده ، والأمانة أدنى من الضمان فيثبت ، وكذا في كيسي أو صندوقي وأشباهه (ولو قال له آخر : لي عليك ألف ، فقال : اترتها أو انتقدها أو أجلني بها أو قضيتكها أو أجلتك بها فهو إقرار) ولو تصادقا على

وَلَوْ لَمْ يَذْكُرْ هَاءَ الْكِنَايَةِ لَا يَكُونُ إِقْرَارًا . وَمَنْ أَقْرَأَ بِيَدَيْنِ مُؤَجَّلٍ وَادَّعَى
الْمُقَرَّرَ لَهُ أَنَّهُ حَالٌ اسْتَحْلِفَ (ف) عَلَى الْأَجَلِ ، وَمَنْ أَقْرَأَ بِخَاتَمٍ لَزِمَهُ الْحَلَقَةُ
وَالْفَصُّ ، وَبَسِيفٍ النَّصْلُ وَالْحَفْنُ وَالْحَمَائِلُ ، وَمَنْ أَقْرَأَ بِثَوْبٍ فِي مِنْدِيلٍ
لَزِمَاهُ ، وَمَنْ أَقْرَأَ بِخَمْسَةٍ فِي خَمْسَةٍ لَزِمَهُ خَمْسَةٌ وَإِنْ أَرَادَ الضَّرْبَ ، وَلَوْ قَالَ
لَهُ عَلَى مَنْ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ ، أَوْ مَا بَيْنَ دِرْهَمٍ إِلَى عَشْرَةٍ لَزِمَهُ تِسْعَةٌ
(سم ف) ،

أنه قاله على وجه السخرية لايلزمه ، وكذلك إذا قال نعم أو خذها أو لم تحل بعد أو غدا ،
أو وكل من يقبضها ، أو أجل بها غريمك ، أو ليست ميسرة اليوم ، أو ما أكثر ما تتقاضاها
فيها ، أو غممتني بها ، أو حتى يقدم غلامي أو أبرأني منها (ولو لم يذكر هاء الكناية لا يكون
إقرارا) والأصل أن الجواب ينتظم إعادة الخطاب ليفيد الكلام ، فكل ما يصلح جوابا
ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا ، وما يصلح للابتداء للبناء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء
لوقوع الشك في كونه جوابا ، ولا يجعل جوابا لئلا يلزمه المسال بالشك ، فان ذكر هاء
الكناية يصلح جوابا لا ابتداء ، فيكون منتظما للسؤال فيصير كأنه قال : اتزن الألف التي
ادّعتها أو قضيتك الألف التي لك وطلب التأجيل لا يكون إلا لواجب ، وكذلك القضاء ،
وإذا لم يذكر هاء الكناية لا يصلح جوابا ، أو يصلح جوابا وابتداء فلا يجعل جوابا فلا يكون
إقرارا . قال (ومن أقرأ بدين مؤجل وادّعى المقر له أنه حال استحلف على الأجل) لأنه
أقر بالمسأل ثم ادّعى حقا وهو التأجيل ، والمقر له ينكر فيحلف لأن اليمين على المنكر .
قال (ومن أقرأ بخاتم لزمه الحلقة والفص) لأن الاسم يتناولهما عرفا (و) إن أقر (بسيف)
لزمه (النصل والحفن والحمايل) لما قلنا . قال (ومن أقرأ بثوب في مندِيل) أو في ثوب
(لزمه) معناه أقر بالغصب ، لأن الثوب يلف في مندِيل وفي ثوب آخر ، فكان ذلك
ظرفا له ؛ ولو قال : ثوبي في عشرة أثواب لزمه أحد عشر ثوبا عند محمد ، لأن النفيس
من الثياب يلف في عشرة وأكثر ، وإذا جاز ذلك يحمل على الظرف . وقال أبو يوسف :
لا يلزمه إلا ثوب واحد لأنه غير معتاد وإن كان نادرا ، والأصل براءة الذمة فلا يجب ،
ويحمل على معنى بين كقوله تعالى - فادخلي في عبادي - قال (ومن أقرأ بخمسة في خمسة
لزمه خمسة ، وإن أراد الضرب) لأن الضرب لا يكثر المسال المضروب وإنما يكثر الأجزاء ،
وتكثير أجزاء الدرهم توجب تعدده . وعند زفر يجب خمسة وعشرون لعرف الحساب
(ولو قال له : على من درهم إلى عشرة ، أو ما بين درهم إلى عشرة لزمه تسعة) وقالوا :
يلزمه عشرة . وقال زفر : ثمانية يسقط الغايتان ويبقى ما بينهما وهو القياس ، كقوله له :
من هذا الحائط إلى هذا الحائط ليس له شيء من الحائطين . ولهما وهو الاستحسان أن مثل

وَيَجُوزُ الْإِقْرَارُ بِالْحَمْلِ ، وَلَهُ إِذَا بَيَّنَّ سَبَبًا صَالِحًا (ف) لِلْمَلِكِ .

فصل

إِذَا اسْتَشْنَى بَعْضَ مَا أَقَرَّ بِهِ مُتَّصِلًا صَحَّ وَلَزِمَهُ الْبَاقِي ،

هذا الكلام يراد به الكل كما يقول لغيره : خذ من دراهمي من درهم إلى عشرة ، فله أن يأخذ عشرة وتدخل الغايتان ، ولأبي حنيفة أن هذا الكلام يذكر لإرادة الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل . قال عليه الصلاة والسلام « أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين » والمراد فوق الستين ودون السبعين ، وكذلك في العرف تقول : عمرى من ستين إلى سبعين ، ويريدون به أكثر من ستين وأقل من سبعين ، والجميع إنما يراد فيما طريقه التكرم والسماحة إظهارا لهما كما ذكرناه من النظر ، ولأنه لا بد من دخول الغاية الأولى ليبتنى الحكم عليها ، لأنه لولا ثبوتها يصير ما بعدها غاية في الابتداء فتنتفى أيضا ، فاحتجنا إلى ثبوت الغاية ابتداء ولا حاجة إلى الأخيرة ، بخلاف نظير زفر ، لأن الحائط غاية موجودة قبل الإقرار فلا حاجة إلى غيره . قال (ويجوز الإقرار بالحمل ، وله إذا بين سببا صالحا للملك) أما الإقرار به فلأنه يجوز أنه أوصى به آخر ، والإقرار مظهر له فيحمل عليه تصحيحا لإقراره . وأما له ، أما إذا ذكر سببا صالحا كالإرث والوصية صح الإقرار لصلاحيه السبب ، وإن ذكر سببا غير صالح كالبيع منه والقرض والإجارة ونحوها لا يصح للاستحالة ، وإن سكت قال محمد : يصح ويحمل على الأسباب الصالحة تصحيحا لإقراره . وقال أبو يوسف لا يصح لأن مطلق الإقرار ينصرف إلى الواجب بالمعاملات عادة فلا يصح ، والأصل براءة الذم . وإذا صح الإقرار ، فإن ولد في مدة يعلم وجوده وقت الإقرار لزم ، ولو جاء بولدين فهو بينهما وإن ولد ميتا فالمال لمورثه ومن أوصى له ويكون بين ورثتهما ، لأن المال إنما ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ، ولم ينتقل لعدم الأهلية فبقى على ملك المورث والموصى فيورث عنهما .

فصل

(إذا استثنى بعض ما أقرَّ به متصلا صح ولزمه الباقي) والأصل أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت والاستثناء صحيح ، ويجوز استثناء الأكثر كما يجوز استثناء الأقل . وبكمله ورد النص . قال تعالى - فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما - . المعنى : لبث فيهم تسعمائة وخمسين سنة ، فهذا استثناء الأقل من الأكثر . وقال تعالى - إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - وهذا استثناء الأكثر ، لأن الذين اتبعوه أكثر العباد

وَاسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ بَاطِلٌ ، وَإِنْ قَالَ مُتَّصِلًا بِاقْرَارِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ بَطَلَ إِقْرَارُهُ ،
وَكَذَلِكَ إِنْ عُلِّقَ بِمَشِيئَةٍ مَنْ لَا تُعْرَفُ مَشِيئَتُهُ كَالْحِنْ وَالْمَلَائِكَةِ ، وَمَنْ
أَقْرَبَ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا ، أَوْ إِلَّا قَفِيرَ حَنْطَةٍ لَزِمَهُ الْمِائَةُ إِلَّا قِيَمَةَ
الدِّينَارِ (م ز) أَوْ الْقَفِيرِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ (م) أَوْ يُعَدُّ (ز) ،
وَلَوْ اسْتِثْنَى ثَوْبًا أَوْ شَاةً أَوْ دَارًا لَا يَصِحُّ ،

وَلَا بَدْءَ مِنَ الْإِتِّصَالِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ حَلَفَ وَقَالَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ
فَلَا حَنْثَ عَلَيْهِ » شَرْطُ الْإِتِّصَالِ فِي الْمَشِيئَةِ وَأَنَّهَا اسْتِثْنَاءٌ ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ لَزُومَ الْإِقْرَارِ لِمَا
بَيْنَا ، إِلَّا أَنَّ الْقَدْرَ الْمُسْتَثْنَى يَبْطُلُ بِالْإِتِّصَالِ ، لِأَنَّ الْكَلَامَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِآخِرِهِ ، فَإِذَا انْقَطَعَ
الْكَلَامُ فَقَدْ تَمَّ ، وَلَا يُعْتَبَرُ الْإِسْتِثْنَاءُ بَعْدَهُ ، وَيَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْبَعْضِ قُلٍّ أَوْ كَثْرٍ ، كَقَوْلِهِ :
لَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ إِلَّا دِرْهَمًا ، فَيَلْزِمُهُ تِسْعُمِائَةُ وَتِسْعَةٌ وَتِسْعُونَ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِلَّا تِسْعُمِائَةَ
وَخَمْسِينَ يَلْزِمُهُ خَمْسُونَ ، وَعَلَى هَذَا (وَاسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ بَاطِلٌ) لِأَنَّهُ رَجُوعٌ لِمَا بَيْنَا أَنَّهُ تَكَلَّمَ
بِالْبَاقِي بَعْدَ الثَّنِيَا وَلَا بَاقِيَ فَلَا يَكُونُ اسْتِثْنَاءٌ ، وَالرَّجُوعُ عَنِ الْإِقْرَارِ لَا يَصِحُّ ، وَلَوْ قَالَ :
لِفُلَانٍ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ يَافُلَانُ إِلَّا عَشْرَةَ صَحَّ الْإِسْتِثْنَاءُ ، لِأَنَّ النِّدَاءَ لَتَنْبِيهِ الْمُخَاطَبِ
وَأَنَّهُ مَحْتَاجٌ إِلَيْهِ لَتَأْكِيدِ ذَلِكَ فَلَا يَكُونُ فَاصِلًا ، وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى أَلْفٍ دِرْهَمٍ فَاشْهَدُوا
عَلَى ذَلِكَ إِلَّا عَشْرَةَ دِرَاهِمٍ لَا يَصِحُّ الْإِسْتِثْنَاءُ ، لِأَنَّ الْإِشْهَادَ يَكُونُ بَعْدَ تَمَامِ الْإِقْرَارِ فَكَانَ
الْإِشْهَادُ بَعْدَ التَّمَامِ . قَالَ (وَإِنْ قَالَ مُتَّصِلًا بِاقْرَارِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ بَطَلَ إِقْرَارُهُ) لِمَا رَوَيْنَا
(وَكَذَلِكَ إِنْ عُلِّقَ بِمَشِيئَةٍ مَنْ لَا تُعْرَفُ مَشِيئَتُهُ كَالْحِنْ وَالْمَلَائِكَةِ) لِأَنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمِّ
فَلَا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ شَاءَ فُلَانٌ فَشَاءَ لَا يَلْزِمُهُ شَيْءٌ ، لِأَنَّ مَشِيئَةَ فُلَانٍ لَا تُوجِبُ
الْمَلِكَ ، وَكَذَلِكَ إِنْ جَاءَ الْمَطَرُ أَوْ هَبَتِ الرِّيحُ أَوْ كَانَ كَذَا لِمَا بَيْنَا . قَالَ (وَمَنْ أَقْرَبَ بِمِائَةِ
دِرْهَمٍ إِلَّا دِينَارًا ، أَوْ إِلَّا قَفِيرَ حَنْطَةٍ لَزِمَهُ الْمِائَةُ إِلَّا قِيَمَةُ الدِّينَارِ أَوْ الْقَفِيرِ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ
مَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ أَوْ يُعَدُّ ، وَلَوْ اسْتِثْنَى ثَوْبًا أَوْ شَاةً أَوْ دَارًا لَا يَصِحُّ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ : لَا يَصِحُّ
فِي الْكُلِّ ، لِأَنَّ الْمُسْتَثْنَى غَيْرُ دَاخِلٍ فِي الْإِيجَابِ ، وَالْإِسْتِثْنَاءُ مَا لَوْلَاهُ لَدَخَلَ تَحْتَ الْمُسْتَثْنَى
مِنْهُ فَلَا يَكُونُ اسْتِثْنَاءً . وَلَهُمَا أَنْ مَا يَجِبُ فِي الذِّمَةِ كُلُّهُ كَجَنْسٍ وَاحِدٍ نَظَرًا إِلَى الْمَقْصُودِ
وَهُوَ الثَّمَنِيَّةُ الَّتِي يَتَوَسَّلُ بِهَا إِلَى الْأَعْيَانِ ؛ أَمَّا الثَّوْبُ وَأَخْوَاتُهُ لَيْسَ بِثَمَنِ أَصْلًا حَتَّى لَا يَجِبُ
فِي الذِّمَةِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ الثَّوْبُ نَصًّا لَا قِيَاسًا ، فَمَا يَكُونُ ثَمَنًا يَصْلَحُ مَقْدَرًا لِلدِّرْهَمِ
فَيُصِيرُ بِقَدْرِهِ مُسْتَثْنَى ، وَمَا لَا فَلَا ، فَيَبْقَى الْمُسْتَثْنَى مَجْهُولًا فَلَا يَصِحُّ ، وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى
أَلْفٍ إِلَّا شَيْئًا لَزِمَهُ نَصْفُ الْأَلْفِ وَزِيَادَةٌ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي الزِّيَادَةِ ، لِأَنَّ الْجَهَالََةَ فِي الْمَقْرَرِّ بِهِ
غَيْرُ مَانِعَةٍ ، فَفِي الْمُسْتَثْنَى أَوَّلَى ، إِلَّا أَنْ قَوْلَهُ شَيْءٌ يَعْبُرُ بِهِ عَنِ الْقَلِيلِ عَرَفًا فَيَكُونُ أَقْلٌ مِنْ
الْبَاقِي ؛ وَلَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى مِائَةِ دِرْهَمٍ إِلَّا قَلِيلًا ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : عَلَيْهِ أَحَدٌ وَخَمْسُونَ ؛

وَلَوْ قَالَ : غَضَبْتُهُ مِنْ زَيْدٍ لَابِلٌ مِنْ عَمْرٍو فَهُوَ لَزَيْدٍ وَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ
لَعَمْرٍو (ف) ، وَمَنْ أَقَرَّ بِشَيْئَيْنِ فَاسْتَشْنَى أَحَدَهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا وَبَعْضَ
الْآخِرِ فَلَا اسْتِثْنَاءُ بَاطِلٌ (سم) وَإِنْ اسْتَشْنَى بَعْضَ أَحَدِهِمَا أَوْ بَعْضَ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا صَحَّ ، وَيُضَرَفُ إِلَى جِنْسِهِ ،

ولو قال : عشرة إلا بعضها فعليه أكثر من النصف ، ولو قال : له على ألف درهم إلا
عشرة دنانير إلا قيراطا ، لزمه ألف درهم إلا عشرة دنانير إلا قيراطا ، لأن استثناء العشرة
دنانير صحيح ، واستثناء القيراط من العشرة صحيح أيضا ؛ لأن الاستثناء من الاستثناء صحيح
ويلحق بالمستثنى منه ، قال الله تعالى - إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته - استثنى
آل لوط من الهالكين ، ثم استثنى امرأته من الناجين ، فكانت من الهالكين . قال (ولو قال :
غضبت من زيد لابل من عمرو فهو لزيد وليه قيمته لعمرو) لأن قوله من زيد إقرار له ،
ثم قوله لارجوع عنه فلا يقبل ، وقوله بل من عمرو إقرار منه لعمرو ، وقد استهلكه بالإقرار
لزيد فيجب قيمته لعمرو ؛ ولو قال : له على ألف لابل ألفان يلزمه ألفان استحسانا ،
وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول زفر ، ولو قال : غضبت عبدا أسود لابل أبيض
لزمه عبد أبيض ، ولو قال غضبت ثوبا هرويا لابل مرويا لزمه ، وكذا : له على كرا
حنطة لابل كرا شعير لزمه ؛ ولو قال : لفلان على ألف درهم لابل لفلان لزمه المالان ؛
ولو قال : له على ألف لابل خمسمائة لزمه الألف ، والأصل في ذلك أن « لابل » متى تخللت
بين المالين من جنسين لزمه ، وكذلك من جنس واحد إذا كان المقر له اثنين ، وإذا كان
واحدا والجنس واحد لزم أكثر المالين ، لأن لابل لاستدراك الغلط ، والغلط إنما يقع
غالبا في جنس واحد ، إلا أنه إذا كان لرجلين كان رجوعا عن الأول فلا يقبل ، ويثبت
للثاني بإقراره الثاني ، وإذا كان الإقرار الثاني أكثر صح الاستدراك ويصدق المقر له ، وإن
كان أقل كان متهما في الاستدراك والمقر له لا يصدق فيلزمه الأكثر ؛ وجه قول زفر
أنه أقر بألف فيلزمه ، وقوله لارجوع فلا يصدق فيه ، ثم أقر بألفين فصح الإقرار وصار
كقوله : أنت طالق واحدة لابل ثنتين ، وجوابه أن الإقرار بإخبار يجري فيه الغلط
فيجرى فيه الاستدراك ، فيلزمه الأكثر والطلاق إنشاء ، ولا يملك إبطال ما أنشأ فافترقا .
قال (ومن أقر بشيئين فاستثنى أحدهما أو أحدهما وبعض الآخر فلا استثناء باطل ، وإن
استثنى بعض أحدهما أو بعض كل واحد منهما صح ويصرف إلى جنسه) وصورته إذا
قال : له على كرا حنطة وكرا شعير إلا كرا حنطة ، أو قال : إلا كرا حنطة وقفيز شعير
فهذا باطل ، وقالوا : يصح استثناء وقفيز ، وهو نظير اختلافهم في قوله : أنت حر
وحر إن شاء الله ، وأنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ، فانه يبطل الاستثناء عنده ، ويقع

وَاسْتِثْنَاءُ الْبِنَاءِ مِنَ الدَّارِ بَاطِلٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : بِنَاؤُهَا لِي وَالْعَرِصَةُ لِفُلَانٍ فَكَمَا
قَالَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهُ : عَلَى أَلْفٍ مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ لَمْ أَقْبِضْهُ وَلَمْ يُعَيِّنْهُ لَزِمَهُ
الْأَلْفُ (سَم) وَإِنْ عَيَّنَ ،

الطلاق والعناق ، وعندهما الاستثناء صحيح لأنه كلام متصل ، لأن قوله : إلا كَرَّ حنطة
استثناء صحيح لفظا إلا أنه غير مفيد ، وإذا كان كلاما متصلا كان استثناء القفيز متصلا
فيصح . ولأبي حنيفة أن استثناء الكَرَّ باطل بالإجماع فكان لغوا وكان قاطعا للكلام الأول
فيكون الاستثناء منقطعا وهكذا قوله وثلاثة وحرّ لغو لاحاجة إليه ؛ ولو قال : إلا قفيز
حنطة ، أو إلا قفيز شعير صحّ الاستثناء لعدم تحلل القاطع ؛ وكذا لو قال : إلا قفيز حنطة
وقفيز شعير ، لأن قوله إلا قفيز حنطة استثناء صحيح مفيد فلا يكون قاطعا ، فيصحّ العطف
عليه فيلزمه كَرَّ حنطة وكَرَّ شعير إلا قفيز حنطة وقفيز شعير . قال (واستثناء البناء من
الدار باطل) مثل أن يقول : هذه الدار لفلان إلا بناءها ، أو قال : وبناؤها لي ، لأن
البناء داخل في هذا الإقرار معنى ، لأن البناء تبع للأرض والاستثناء تصرف في الملفوظ ،
وعلى هذا النخل والشجر مع البستان والظهارة والبطانة من الجبة والفص من الخاتم ، لأن
الاسم يتناول الكل ، ولا قوام لهذه الأشياء بدون ما استثناءه فيكون باطلا ؛ ولو قال :
إلا ثلثها أو إلا بيتا منها صحّ لأنه داخل فيه لفظا (ولو قال : بناؤها لي والعرصة لفلان ،
فكما قال) لأن العرصة اسم للبقعة دون البناء ، ولو أقرّ له بخائط لزمه بأرضه ، لأن الخائط
اسم للمبنى ولا يتصور بدون الأرض ، وكذلك إذا أقرّله بأسطوانة من آجر ، وإن كانت
من خشب لا يلزمه الأرض ، لأن الخشبة تسمى أسطوانة قبل البناء ، فإن أمكنه رفعها
بغير ضرر رفعها وإلا ضمن قيمتها للمقرّ له كما في غضب الساجة ؛ ولو أقرّ
بشجرة نخلة لا تدخل النخلة ، ولو أقرّ بنخلة أو شجرة يلزمه موضعها من الأرض ، لأنه
لا يسمى شجرة ونخلا إلا وهو ثابت وكذلك الكرم ، ولا يلزم الطريق لأنه ليس من
ضرورات الملك . قال (ولو قال : له على ألف من ثمن عبد لم أقبضه ولم يعينه لزمه
الألف) وصل أم فصل ، ولا يصدق في قوله : ما قبضته ، لأن على للإلزام ، وقوله :
لم أقبضه ينافي ذلك ، لأنه لا يجب إلا بعد القبض وهو غير عين ، فأى عبد أحضره يقول :
المبيع غيره ، فعلم أن قوله لم أقبضه جحودا بعد الإقرار فلا يقبل . وقال أبو يوسف ومحمد
إن صدّقه في أنه ثمن صدق وصل أم فصل ، وإن كذّبه وقال : لي عليك ألف من
قرض أو غضب أو غير ذلك إن وصل صدق وإلا فلا ، ووجهه أنهما إذا تصادقا على الجهة
فقد تصادقا على أن المقرّ به ثمن فلا يلزمه قبل القبض والمقرّينكر القبض فالقول قوله وصل
أم فصل ، ومتى كذّبه كان تغييرا لإقراره ، فان وصل صدق وإلا فلا . قال (وإن عين

اعْبُدْ ، فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ لَزِمَتْهُ الْأَلْفُ وَإِلَّا فَلَا ، وَإِنْ قَالَ مِنْ ثَمَنٍ خِزِيرٍ
أَوْ خَمْرٍ لَزِمَتْهُ ؛ وَلَوْ قَالَ مِنْ ثَمَنٍ مَتَاعٍ أَوْ أَقْرَضَنِي ثُمَّ قَالَ : هِيَ زَيْوْفٌ
أَوْ نَبَهْرَجَةٌ ، وَقَالَ الْمُقَرَّرُ لَهُ : جِيَادٌ فَهِيَ جِيَادٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : غَضَبْتُهَا مِنْهُ
أَوْ أَوْدَعْنِيهَا صُدْقٌ فِي الزَيْوْفِ وَالنَّبَهْرَجَةِ ، وَفِي الرِّصَاصِ وَالسَّتُوقَةِ إِنْ وَصَلَ
صُدْقٌ وَإِلَّا فَلَا .

فصل

وَدْيُونُ الصَّحَّةِ وَمَا لَزِمَهُ فِي مَرَضِهِ بِسَبَبٍ مَعْرُوفٍ مُقَدَّمٍ عَلَى مَا أَقَرَّ
بِهِ فِي مَرَضِهِ ،

العبد ، فإن سلمه إليه لزمته الألف وإلا فلا) وهذا إذا صدقه لأنهما إذا تصادقا على ذلك
صار كابتداء البيع وإن قال له : العبد في يدك وما بعثك غيره لزمه المال ، لأنه إقرار به
عند سلامة العبد وقد سلم ؛ ولو قال : العبد عبدى ما بعثك لا يلزمه شيء ، لأنه إنما أقرَّ
بالمال عوضا عن هذا العبد فلا يلزمه دونه ؛ ولو قال : إنما بعثك غيره يتحالفان على ما أمر .
قال (وإن قال من ثمن خمر أو خنزير لزمته) وقالوا : لا يلزمه إن وصل ، لأن بآخر كلامه
ظهر أنه ما أراد الإيجاب كقوله إن شاء الله تعالى . وله أن هذا رجوع فلا يقبل لأن ثمنهما
لا يكون واجبا ، وما ذكرنا فهو تعليق وهذا إبطال (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضني ثم
قال : هي زيوف أو نبهرجة ، وقال المقر له : جياذ ، فهي جياذ) وقالوا : يصدق إن
وصل ، وعلى هذا إذا قال هي ستوقة أو رصاص . لهما أنه بيان مغير ، لأن اسم الدراهم
يتناول هذه الأنواع فيصح موصولا كما تقدم وصار كقوله إلا أنها وزن خمسة ، وله أن
مقتضى العقد يقتضى السلامة عن العيب ، فإقراره يقتضى الجياذ ، ثم قوله هي زيوف إنكار
فلا يصدق ، فصار كما إذا ادعى الجياذ وادعى المشتري الزيوف يلزمه الجياذ عملا بما
ذكرنا من الأصل ، وقوله وزن خمسة مقدار فيصح استثناءه ولا يصح استثناء الوصف
لما مر في البناء (ولو قال : غضبتها منه ، أو أودعنيها صدق في الزيوف والنبهرجة) لأن
الغضب يرد على ما يجده والإنسان يودع ما يملكه ، وذلك لا يقتضى السلامة عن العيوب
(وفي الرصاص والستوقة إن وصل صدق وإلا فلا) لأنهما ليسا من جنس الدراهم ، لأن
الاسم يتناولهما مجازا فلذلك يشترط الوصل ؛ ولو قال : له على ألف إلا أنها تنقص كذا
فهو استثناء صحيح إن وصل صدق وإلا فلا .

فصل

(وديون الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف مقدم على ما أقر به في مرضه ،

وَمَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِهِ مُقَدَّمٌ عَلَى الْمِيرَاثِ ، وَإِقْرَارُ الْمَرِيضِ لَوَارِثِهِ بَاطِلٌ ،
إِلَّا أَنْ يُصَدِّقَهُ بِبَقِيَّةِ الْوَرِثَةِ ؛ وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثَلَاثًا ثُمَّ أَقَرَّ لَهَا
وَمَاتَ فَلَهَا الْأَقْلُ مِنْ الْإِقْرَارِ وَالْمِيرَاثِ ،

وما أقرَّ به في مرضه مقدَّم على الميراث (ومعناه أنه يقضى دين الصحة والدين المعروف
السبب ، فان فضل شيء قضى ما أقرَّ به في مرضه ، فان فضل شيء فللورثة ، والدليل عليه
أنه تعلق حقَّ غرماء الصحة بماله بأول مرضه حتى ينتقض تبرُّعه لحقهم ، ففي إقراره
لغيرهم إبطال حقهم فلا يصح ، وكذا لا يجوز أن يقرَّ بعين في يده وعليه ديون ، وهذا لأن
الإقرار حجة قاصرة فلا يثبت في حقَّ غيره ، وما ثبت بالبينة أو بمعاينة القاضي حجة
في حقَّ الكافة فكان أولى ، وكذلك النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وكذا الديون المعروفة
السبب لأنه لا تهمة فيها ، وكذا لا يجوز له أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض لما فيه
من إبطال حقَّ الباقيين ، فاذا قضيت ديون الصحة والمعروفة الأسباب يقضى ما أقرَّ به
في مرضه ؛ كما لو لم يكن عليه دين الصحة ، وكان أحقَّ من الورثة لحاجته إليه ، لأن ماله
إنما ينتقل إلى الورثة عند فراغ حاجته ، وفراغ ذمته من أهمَّ الحوائج . قال (وإقرار المريض
لوارثه باطل إلا أن يصدقَه بقية الورثة) قال عليه الصلاة والسلام « لا وصية لوارث ولا
إقرار بدين » ولأنه تعلق به حقَّ جميع الورثة ، فأقراره لبعضهم إبطال لحقَّ الباقيين ، وفيه
إيقاع العداوة بينهم لما فيه من إثارة البعض على البعض ، وأنه منشأ للعداوة والبغضاء ،
وقضية يوسف وإخوته أكبر شاهد ، وكذا لا يصحَّ إقراره إن قبض منه دينه أو رجع فيما
وهبه منه في مرضه ، أو قبض ما غصبه منه أو رهنه عنده ، أو استردَّ المبيع في البيع
الفاسد لما بينا ، وكذا لا يجوز ذلك لعبد ووارثه ولا مكاتبه ، لأنه يقع لمولاه ملكا أو حقا ،
ولو صدرت هذه الأشياء منه للوارث وهو مريض ثم برأ ثم مات جاز ذلك كله لأنه لم يكن
مرض الموت فلم يتعلق به حقَّ الورثة ؛ ولو أقرَّ لأخيه وهو وارثه ثم جاءه ابن ومات
صحَّ الإقرار لأخيه ، ولو أقرَّ له وله ابن فمات الابن ثم مات المقرَّ بطل الإقرار للأخ ، وهذا
لأن الوارث من يرثه وذلك إنما يتبين بالموت ، ففي المسئلة الأولى لم يرث فصَحَّ ، وفي الثانية
ورث فلم يصحَّ (ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم أقرَّ لها ومات فلها الأقل من الإقرار
والميراث) وكذا لو تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة في مرضه ثم أقرَّ لها أو أوصى ، وقال
لها في الثانية ما أقرَّ لها أو أوصى ؛ وقال زفر في الأولى كذلك أيضا لكونها أجنبية
في المسئلتين . ولهما أنها أجنبية بالطلاق وانقضاء العدة فيصحَّ لها الإقرار والوصية لعدم
التهمة ، بخلاف المسئلة الأولى لأن بقاء العدة دليل التهمة . ولأبي حنيفة أن التهمة قائمة فانها
تختار الفرقة لينفتح باب الوصية والإقرار فيصل إليها أكثر من ميراثها ويصطلحان على
البينة وانقضاء العدة لذلك ، فان كانت الوصية والإقرار أكثر من ميراثها جاءت التهمة ،

وإن أقرَّ المريض لأجنبيٍّ ثمَّ قالَ هوَ ابْنِي بَطَلَ إقرارُهُ ، وإنَّ أقرَّ لامرأةٍ ثمَّ تزوّجها لم يَبْطُلْ ، وَيَصِحُّ إقرارُ الرَّجُلِ بالوَلَدِ وَالْوَالِدَيْنِ وَالزَّوْجَةِ وَالْمَوْلَى إِذَا صَدَّقُوهُ ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ إِلَّا فِي الْوَلَدِ فَإِنَّهُ يَتَوَقَّفُ عَلَى تَصَدِيقِ الزَّوْجِ أَوْ شَهَادَةِ الْقَابِلَةِ ، وَمَنْ مَاتَ أَبُوهُ فَأَقَرَّ بِأَخٍ شَارَكَهُ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلَا يَثْبُتُ نَسَبُهُ .

وفيه إبطال حقِّ الورثة فلا يجوز ، وإن كان الميراث أكثر فلاتهمه فيجوز الإقرار والوصية قال (وإن أقرَّ المريض لأجنبيٍّ ثمَّ قالَ هو ابني بطل إقراره ، وإن أقرَّ لامرأةٍ ثمَّ تزوّجها لم يَبْطُلْ) لأنَّ البُتَّةَ تستند إلى وقت العلوق ، فكان ابنا له وقت الإقرار فتبين أنه كان وارثا وقت الإقرار ، والزوجية تقتصر على حالة العقد ، فصَحَّ الإقرار لكونها أجنبية فلا يَبْطُلْ ، حتى لو أوصى لها أو وهبها ثمَّ تزوّجها لا يصحّ ، لأنَّ الوصية إنما تصحّ بعد الموت وهي وارثة والهبة في المرض وصية فكانت كهي . قال (ويصحّ إقرار الرجل بالولد والوالدين والزوجة والمولى إذا صدَّقوه) إذا كان الولد يعبر عن نفسه وإلا يثبت بمجرد الدعوى منه لما فيه من النظر له من ثبوت النسب ووجوب النفقة وغير ذلك (وكذلك المرأة إلا في الولد فإنه يتوقف على تصديق الزوج أو شهادة القابلة) وأصله أن شرط صحة هذا الإقرار تصديق المقرِّ له ليصير حجة في حقه فيلزمهما الأحكام بتصادقهما ، وتصور كونه منه لئلا يكذبه العقل وأن لا يكون معروف النسب من غيره لئلا يكذبه الشرع ، وأما المرأة فإنها تحتاج إلى تصديق الزوج لأن فيه تحمل النسب عليه فلا يتبل إلا بتصديقه أو بينة وهي شهادة القابلة على ما يعرف في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا صحَّ الإقرار بهؤلاء لا يملك الرجوع فيه ، لأنَّ النسب إذا ثبت لا يبطل بالرجوع وله الرجوع إذا أقرَّ بمن لا يثبت نسبه كقربة غير الولاد لأنه وصية معني ، وإنما لا يصحّ النسب بغير قرابة الولاد بالإقرار لما فيه من تحمل النسب على الغير فالأخ نسبه إلى الأب والعم إلى الجدِّ وهكذا ، لكن إذا لم يكن له وارث غيره ورثه ، لأنَّ إقراره تضمن أمرين تحمل النسب على غيره ولا يملكه فبطل والإقرار له بالمال وإنما يملكه عند عدم الوارث فيصحّ (ومن مات أبوه فأقرَّ بأخٍ شاركه في الميراث) لأنه اعترف له بنصف الميراث (ولا يثبت نسبه) لما بينا ، ثمَّ التصديق يصحّ بعد الموت ، في النسب لبقائه ، وكذا تصديق الزوجة لبقاء أحكامه وهو غسلها له والعدة ، ولا يصحّ تصديق الزوج لانقطاع النكاح بالموت حتى لا يجوز له غسلها ، فصار كالتصديق بعد هلاك العين ، وعندهما يصحّ لأن الإرث من الأحكام .

كتاب الشهادات

مَنْ تَعَيَّنَ لَتَحْمَلُهَا لَا يَسَعُهُ أَنْ يَمْتَنَعَ إِذَا طُولَبَ ، فَذَا تَحْمَلَهَا وَطُلِبَ
لَأَدَائِهَا يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَقُومَ الْحَقُّ بغيرِهِ ، وَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي الْحُدُودِ
بَيْنَ الشَّهَادَةِ وَالسَّتْرِ ، وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ ، وَيَقُولُ فِي السَّرِقَةِ :

كتاب الشهادات

أصل الشهادة الحضور ، قال عليه الصلاة والسلام « الغنيمة لمن شهد الواقعة » أى حضرها ،
ويقال : فلان شهد الحرب وقضية كذا إذا حضرها ، وقال * إذا علموا أنى شهدت وغابوا
أى حضرت ولم يحضروا ، والشهيد : الذى حضره الوفاة فى الغزو حتى لو مضى عليه وقت
صلاة وهو حى لا يسمى شهيدا ، لأن الوفاة لم تحضره فى الغزو . وفى الشرع : الإخبار عن
أمر حضره الشهود وشاهدوه ، إما معاينة كالأفعال نحو القتل والزنا ، أو سماعا كالعقود
والإقرارات ، فلا يجوز له أن يشهد إلا بما حضره وعلمه عيانا أو سماعا ، ولهذا لا يجوز له
أداء الشهادة حتى يذكر الحادثة ، قال عليه الصلاة والسلام « إن علمت مثل الشمس فاشهد
وإلا فدع » وهى حجة مظهرة للحق مشروعة ، قال تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم -
وقال - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وقال عليه الصلاة والسلام « شاهدك أو يمينه ليس
لك إلا ذلك » وقال عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » والبينة : الشهادة بالإجماع ،
ولأن فيها إحياء حقوق الناس ، وصون العقود عن التجاحد ، وحفظ الأموال على أربابها ،
قال عليه الصلاة والسلام « أكرموا شهودكم فإن الله تعالى يستخرج بهم الحقوق » .

قال (من تعين لتحملها لا يسعه أن يمتنع إذا طولب) لما فيه من تضييع الحقوق ، وإن
لم يتعين فهو مخير ، ولا بأس بالتحرز عن التحمل (فإذا تحملها وطلب لأدائها يفترض
عليه) لقوله تعالى - ولا يأتى الشهداء إذا ما دعوا - وقال تعالى - ومن يكتمها فانه آثم
قلبه - ولأنه إضاعة لحقوق الناس فيحرم الامتناع (إلا أن يقوم الحق بغيره) بأن يكون
فى الصلح سواء من يقوم الحق به فيجوز له الامتناع ، لأن الحق لا يضيع بامتناعه ،
ولأنها فرض كفاية ، ولا بد من طلب المدعى لأنها حقه . قال (وهو مخير فى الحدود
بين الشهادة والستر) لأن إقامة الحدود حسبة ، والستر على المسلم حسبة (والستر أفضل)
قال عليه الصلاة والسلام « من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة » وقد صح
أن النبى صلى الله عليه وسلم « لقن ماعزا الرجوع وسأله عن حاله ستر عليه لئلا يرحم
ويشتهر ، وكفى به قدوة » وكذلك نقل عن الخلفاء الراشدين . قال (ويقول فى السرقة :

أَخَذَ الْمَالَ ، وَلَا يَقُولُ : سَرَقَ ، وَلَا يُقْبَلُ عَلَى الزَّنا إِلَّا شَهَادَةُ أَرْبَعَةٍ
مِنَ الرِّجَالِ ، وَبَاقِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، وَمَا سِوَاهُمَا مِنَ
الْحُقُوقِ تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ (ف) ، وَتُقْبَلُ
شَهَادَةُ النِّسَاءِ وَحْدَهُنَّ فِيمَا لَا يَطْلُعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ كَالْوِلَادَةِ وَالْبَكَارَةِ
وَعُيُوبِ النِّسَاءِ ،

أَخَذَ الْمَالَ (إحياء الحق المسروق منه (ولا يقول : سرق) إقامة لحسبة السر . قال (ولا
يقبل على الزنا إلا شهادة أربعة من الرجال) لقوله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم -
وقوله - فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - وقال عليه الصلاة والسلام للذي قذف زوجته
« اتنى بأربعة يشهدون وإلا فضرب في ظهره » . قال (وباقى الحدود والقصاص شهادة
رجلين) قال تعالى - فاستشهدوا شهيدين من رجالكم - وقال تعالى - وأشهدوا ذوى عدل
منكم - وقال عليه الصلاة والسلام « شاهدك أو يمينه » ولا تقبل شهادة النساء فى الحدود
والقصاص . قال الزهرى : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
بعده أن لا تقبل شهادة النساء فى الحدود والقصاص . قال (وما سواهما من الحقوق تقبل
فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين) قال تعالى - فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وأنه
مذكور فى سياق المداينات بالأجل فتقبل فيها . وعن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز
شهادة النساء فى النكاح » ولأنها من أهل الشهادة بالآية ، فتقبل شهادتها لوجود المشاهدة
والحفظ والأداء كالرجل ، وزيادة النسيان تجبر بزيادة العدد ، وإليه الإشارة بقوله تعالى
- فتذكر إحداها الأخرى - بى شبهة البدلية ، فلهذا قلنا لا تقبل فى الحدود والقصاص
وغيرها من الأحكام يثبت مع الشبهة . قال (وتقبل شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه
الرجال كالولادة والبكارة وعيوب النساء) قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة
فما لا يطلع عليه الرجال » ولأنه لا بد من ثبوت هذه الأحكام ولا يمكن الرجال الاطلاع عليها
ولما يطلع عليها النساء على الانفراد فوجب قبول شهادتهن على الانفراد تحصيلا للمصلحة
وتقبل فيها شهادة امرأة واحدة ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قبل شهادة امرأة واحدة
فى الولادة ولأن ما يقبل فيه قول النساء على الانفراد لا يعتبر فيه العدد كرواية الأخبار ،
والثنتان أحوط ، والثلاث أحب إلى الله ، وبالأربع يخرج عن الخلاف ، وأحكام الشهادة
فى الولادة تعرف فى الطلاق إن شاء الله تعالى . وأما البكارة فان العنين يؤجل سنة ويفرق
بينهما بعدها إذا قلنا إنها بكر ، وهل يشترط فى ذلك لفظة الشهادة ؟ لا يشترط عند مشايخ
العراق ، ويشترط عند مشايخ خراسان ، لأنها توجب حتما على الغير فكانت شهادة .

وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ فِي اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ فِي حَقِّ الصَّلَاةِ دُونَ الْإِرْثِ (سم) ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْعَدَالَةِ وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ وَالْحُرِّيَّةِ وَالْإِسْلَامِ ، وَيُقْتَصَرُ فِي الْمُسْلِمِ عَلَى ظَاهِرِ عَدَالَتِهِ (سم ف) ، إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ، فَإِنْ طَعَنَ فِيهِ الْخَصْمُ سَأَلَ عَنْهُ . وَقَالَا : يُسْأَلُ عَنْهُمْ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ سِرًّا وَعِلَانِيَةً ، وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ،

قال (وتقبل شهادتهن في استهلال الصبي في حق الصلاة دون الإرث) أما الصلاة فبالإجماع لأنها من أمور الدين ، وأما الإرث فمذهبه . وقال : تقبل أيضا لأن الاستهلال بصوت يكون عقيب الولادة ، وتلك حالة لا يحضرها الرجال ، فدعت الضرورة إلى قبول شهادتهن لما مر . ولأبي حنيفة أن ذلك مما يطلع عليه الرجال لأنه يحل لهم سماع صوته ، فلا ضرورة في حق ثبوت النسب والإرث والمهر ، وكذا لا يقبل في الرضاع شهادة النساء منفردات ، لأن الحرمة متى ثبتت ترتب عليها زوال ملك النكاح ، وإبطال الملك لا يثبت إلا بشهادة الرجال ، ولأنه مما يمكن اطلاع الرجال عليه فلا ضرورة . قال (ولا بد من العدالة ولفظة الشهادة والحرية والإسلام) أما العدالة فلقوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وقال تعالى - ممن ترضون من الشهداء - والفاسق ليس بمرضى ، ولأن الحاكم يحكم بقول الشاهد وينفذه في حق الغير ، فيجب أن يكون قوله يغلب على ظن الحاكم الصدق ، ولا يكون ذلك إلا بالعدالة ، إلا أن القاضي إذا قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا . وأما لفظ الشهادة فلقوله تعالى - واستشهدوا - فانه صريح في طلب الشهادة فيجب عليه الإتيان بلفظها ، ولأن الشهادة من ألفاظ اليمين على ما يأتيك إن شاء الله تعالى في الأيمان ، فيكون الامتناع عنها على تقدير الكذب أكثر ، ولأن القياس ينفي قول الإنسان على الغير لما فيه من إلزامه ، إلا أنا قبلناه في موضع ورد الشرع به ، وأنه ورد مقرونا بالشهادة . وأما الحرية فلأن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية للعبد على نفسه فكيف على غيره ؟ . وأما الإسلام فلقوله تعالى - وإن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - قال (ويقتصر في المسلم على ظاهر عدالته إلا في الحدود والقصاص ، فان طعن فيه الخصم سأل عنه . وقال : يسأل عنهم في جميع الحقوق سراً وعِلَانِيَةً ، وعليه الفتوى) وجه قول أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا في قذف» وفي كتاب عمر (١) : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا حقا أو مجربا عليه شهادة زور أو ظنينا في ولاء

(١) قوله وفي كتاب عمر ، قال الكمال بن الهمام : قال عمر في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري : المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلودا في قذف أو مجربا في شهادة زور أو ظنينا في ولاء أو قرابة اهـ . والظنين : المتهم .

وَلَوْ اَكْتَفَى بِالسِّرِّ جازَ ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُزَكِّي : هُوَ عَدْلٌ (ف) جَائِزُ الشَّهَادَةِ ،

أو قرابة ، ولأن العدالة هي الأصل لأنه ولد غير فاسق ، والفسق أمر طارئ مضمون ، فلا يجوز ترك الأصل بالظن ، ولا يلزم الحدود والقصاص لأنه كما أن الأصل في الشاهد العدالة كذلك الأصل في المشهود عليه العدالة ، والشاهد وصفه بالزنا والقتل فتقابل الأصلان فرجحنا بالعدالة الباطنة ، ولأن الحدود مبناها على الإسقاط فيسأل عنهم احتيالا للدرء . ولهما أن الحاكم يجب أن يحتاط في حكمه صيانة له عن النقض وذلك بسؤال السر والعلانية (ولو اكتفى بالسر جاز) قال أبو بكر الرازي : لاخلاف بينهم في الحقيقة فإن أبا حنيفة أفتى في زمان كانت العدالة فيه ظاهرة ، والنبي عليه الصلاة والسلام عدل أهله وقال « خير القرون قرني ، ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » ، ثم يفشو الكذب واكتفى بتعديل النبي صلى الله عليه وسلم ، وفي زمنهما فشا الكذب فاحتاجا إلى السؤال ، ولو كانا في زمنه ما سألا ، ولو كان في زمنهما لسأل ، فلهذا قلنا الفتوى على قولهما ، ولقد تصفحت كثيرا من كتب أبي بكر الرازي فما رأيته رجح على قول أبي حنيفة قول غيره إلا في هذه المسألة ، وإنما رجح قولهما لما رأى من فساد أهل الزمان ، وقلة مبالاهم بالأمور الدينية ، وكان يقول : ينبغي للحاكم أن ينقب عن أحوال الشهود في كل ستة أشهر ، لأنه قد يطرأ على الشاهد في هذه المدة ما يخرج عن أهلية الشهادة ، والله أعلم . قال (ولا بد أن يقول المزكي هو عدل جائر الشهادة) لأن العبد عدل غير جائر الشهادة ، وقيل يكتفى بقوله هو عدل ، لأن الأصل هو الحرية تبعاً للدار ، وإن لم يكن عدلاً عنده قال الله أعلم بحاله ، وقد كانوا يكتفون بتزكية العلانية ، ثم انضم إليها تزكية السر في زماننا لاختلاف الزمان ، ثم قيل يكتفى بتزكية السر تحريزا عن الفتنة . قال محمد : تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم لا بد في تزكية العلانية أن يجمع بين المزكي والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره ، وتزكية السر أن يبعث رقعة مختومة إلى المزكي فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومصلاه ، ويردها المزكي كذلك سرا ، وينبغي للقاضي أن يختار للمسألة عن الشهود أوثق الناس وأورعهم ديانة وأعظمهم أمانة وأكثرهم بالناس خبرة وأعلمهم بالتمييز ، غير معروفين بين الناس لئلا يقصدوا بسوء أو يخذعوا ، وينبغي للمزكي أن يسأل عن أحوال الشهود ويتعرفها من جيرانهم وأهل سوقهم ، فإن ظهرت عدالتهم عنده كتب ذلك في آخر الرقعة : هو عدل عندي جائر الشهادة ، وإلا كتب إنه غير عدل وختم الرقعة وردّها ، فيقول القاضي للمدعى زد في شهودك ولا يقول جرحوا ، ويقبل في تزكية السر قول الولد والوالد وكل ذي رحم والعبد والأعمى والمحدود في القذف لأنها أخبار ، خلافا لمحمد فإنها شهادة عنده ، بخلاف تزكية العلانية فإنها شهادة بالإجماع . والشهود الكفار يعدلهم المسلمون ، فإن لم يعرفهم

وَلَا تُقْبَلُ تَزْكِيَّةُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ (سم) ، وَتَكْفِي تَزْكِيَّةُ الْوَاحِدِ (ف) .
وَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِكُلِّ مَا سَمِعَهُ أَوْ أَبْصَرَهُ مِنَ الْحُقُوقِ وَالْعُقُودِ ، وَإِنْ
لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ إِلَّا الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فَانَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَةِ
غَيْرِهِ مَا لَمْ يَشْهَدْهُ (ف) ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ بِمَا لَمْ يُعَايِنَهُ إِلَّا النَّسَبَ
وَالْمَوْتَ وَالْدُّخُولَ وَالنِّكَاحَ ، وَوِلَايَةَ الْقَاضِي ، وَأَصْلَ الْوَقْفِ ،

المسلمون سأل المسلمين عن عدول المشركين ، ثم يسأل أولئك عن الشهود . قال (ولا
تقبل تزكية المدعى عليه) ومعناه أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطئوا أو نسوا ، أما لو قال
صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق فيقضى بإقراره لا بالبينه ، لأن البينة عند
الحدود ؛ وقيل يجوز تعديله . ووجه الظاهر أن المدعى والشهود يزعمونه كاذبا في إنكاره
مبطلا في جحوده فلا يصلح مزكيا . قال (وتكفي تزكية الواحد) وعن محمد اثنين وهو
أولى ، وكذلك المترجم ورسول القاضي إلى المزكين . لمحمد أن حكم القاضي مبنى على
العدالة وذلك بالتزكية ، فيشترط الإتيان كالشهادة ، ويشترط عنده ذكورة المزكى
في الحدود والأربعة في شهود الزنا لما بينا . ولهما أنها ليست في معنى الشهادة حتى لا يشترط
فيها لفظة الشهادة ومجلس الحكم ، واشترط العدد في الشهادة تعبدى فلا يتعدها .

فصل

(ويجوز أن يشهد بكل ما سمعه أو أبصره من الحقوق والعقود وإن لم يشهد عليه) لأنه
علم الموجب وتيقنه . قال عليه الصلاة والسلام « إن علمت مثل الشمس فاشهد » ويقول
أشهد بكذا لأنه علمه ولا يقول أشهدني فإنه كذب . قال (إلا الشهادة على الشهادة فإنه
لا يجوز أن يشهد على شهادة غيره ما لم يشهده) لأن الشهادة ليست موجبة إلا بالنقل إلى
مجلس الحكم ولا يكون ذلك إلا بالتحمل ، ولو سمعه يشهد غيره على شهادته لا يسهه أن
يشهد لأنه ما حمله وتجوز شهادة المحتجب ، وهو أن يقر الرجل بحق والشهود مختبئون في بيت
يسمعون إقراره ، فإنه يحل لهم الشهادة إذا كانوا يرون وجهه ويعرفونه ، وإن لم يروه
لا يحل لهم إلا إذا علموا أن ليس في البيت غيره فيحل لهم ذلك ، وكذا إذا سمعوا صوت
امرأة من وراء حجاب . قال (ولا يجوز له أن يشهد بما لم يعاينه إلا النسب والموت والدخول
والنكاح وولاية القاضي وأصل الوقف) والقياس أنه لا يجوز ، لأن الشهادة من المشاهدة
وهي المعاينة ولم توجد . وجه الاستحسان أن هذه الأشياء تباشر بحضور جماعة مخصوصين
وتتعلق بها أحكام مستمرة فأقيمت الشهرة والاستفاضة مقام العيان والمشاهدة كيلا تتعطل
هذه الأحكام ، وعلى هذا الناس من الصدر الأول إلى يومنا هذا ، ألا ترى أنا نشهد

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ فِيمَا سِوَى الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ ، وَإِذَا رَأَى الشَّاهِدُ خَطَّهُ لَا يَشْهَدُ مَا لَمْ يَذْكُرِ الْحَادِثَةَ ،

أَنْ عَائِشَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا زَوْجَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَكَذَلِكَ سَائِرُ زَوْجَاتِهِ وَفَاطِمَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا زَوْجَةَ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، وَنَشْهَدُ بِنَسَبِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَصْحَابِهِ ، وَنَشْهَدُ بِقَضَاءِ شَرِيحِ وَابْنِ أَبِي لَيْلَى وَأَبِي يُوسُفَ ، وَنَشْهَدُ بِمَوْتِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ وَغَيْرِهِمْ ، وَالشَّهْرَةُ إِنَّمَا تَكُونُ إِذَا تَوَاتَرَتْ أَوْ بِإِخْبَارٍ مِنْ يَثْقُ بِهِ ، حَتَّى لَوْ أَخْبَرَهُ وَاحِدٌ يَثْقُ بِهِ جَازٍ ، وَاشْتَرَطَ بَعْضُهُمْ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلًا وَامْرَأَتَيْنِ ، وَقِيلَ يَكْتَفِي فِي الْمَوْتِ بِشَهَادَةِ الْوَاحِدِ ، لِأَنَّهُ قُلٌّ مَا يَحْضُرُهُ غَيْرُ الْوَاحِدِ ، وَإِذَا رَأَى رَجُلًا يَجْلِسُ لِلْقَضَاءِ وَيَدْخُلُ عَلَيْهِ الْخَصُومُ حَلٌّ لَهُ الشَّهَادَةُ بِوَلَايَتِهِ ، وَكَذَا إِذَا رَأَى رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ فِي بَيْتٍ وَاحِدٍ وَيَتَعَاشَرَانِ مَعَاشِرَةَ الْأَزْوَاجِ حَلٌّ لَهُ الشَّهَادَةُ بِالنِّكَاحِ بَيْنَهُمَا كَمَا إِذَا رَأَى عَيْنًا فِي يَدِ رَجُلٍ . وَأَمَّا الْوَقْفُ فَالْصَّحِيحُ مَا ذَكَرْنَا أَنَّهُ يَجُوزُ عَلَى أَصْلِهِ دُونَ شَرْطِهِ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الَّذِي يَشْتَهَرُ ، فَلَوْ لَمْ تَجْزِ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ أَدَّى إِلَى اسْتِهْلَاكِ الْأَوْقَافِ الْقَدِيمَةِ ، وَكَذَلِكَ الْوَلَاءُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ كَمَا فِي النَّسَبِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْوَلَاءُ لِحِمَةٍ كَلِحِمَةِ النَّسَبِ » وَلِأَنَّا نَشْهَدُ أَنَّ ثَوْبَانَ مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَبِلَالًا مَوْلَى أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ ، لِأَنَّ الْخَبَرَ لَا يَشْتَهَرُ لِأَنَّهُ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِعْتِقَاقِ وَذَلِكَ يَكُونُ بِحَضْرَةِ مَنْ لَا يَشْتَهَرُ غَالِبًا وَصَارَ كَالْعِتَاقِ وَالطَّلَاقِ ، وَالْمُرَادُ بِالْحَدِيثِ أَنَّهُ مِثْلُهُ لَا يَبَاعُ وَلَا يُوْهَبُ ، وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ أَنْ يُطْلَقَ الشَّهَادَةُ عِنْدَ الْقَاضِي حَتَّى لَوْ فُسِّرَهَا وَقَالَ إِنَّهُ شَهِدَ بِالتَّسَامُعِ لَا يَقْبَلُهَا ، وَكَذَلِكَ فِي الشَّهَادَةِ بِالْيَدِ لَا يَفْسُرُهَا . قَالَ (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى الْمَلِكِ الْمُطْلَقِ) إِذَا رَأَاهُ فِي يَدِهِ (فِيمَا سِوَى الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ) لِأَنَّ الْيَدَ دَلِيلُ الْمَلِكِ وَهُوَ الْمَرْجِعُ فِي الْأَسْبَابِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْإِرْثِ وَغَيْرِهَا . وَاشْتَرَطَ أَبُو يُوسُفَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ تَفْسِيرًا لِلأَوَّلِ ، وَاشْتَرَطَ الْخَصَافُ التَّصَرُّفَ مَعَ الْيَدِ فَإِنَّ الْيَدَ تَتَنَوَّعُ . قُلْنَا وَالتَّصَرُّفُ أَيْضًا يَتَنَوَّعُ إِلَى أَمَانَةٍ وَمَلِكٍ ، وَإِنَّمَا يَحُلُّ لَهُ ذَلِكَ إِذَا عَايَنَ الْمَلِكَ وَالْمَالِكَ ، أَوْ عَايَنَ الْمَلِكَ وَحْدَهُ وَعَرَفَ الْمَالِكَ بِالِاشْتِهَارِ بِنَسَبِهِ . أَمَّا إِذَا عَايَنَ الْمَالِكَ وَحْدَهُ لَا يَحُلُّ لَهُ ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالْأَمَةِ ، لِأَنَّ الْحُرَّ يَسْتَعْدِمُ كَمَا يَسْتَعْدِمُ الْعَبْدُ كَالْأَجِيرِ الْخَاصِّ وَنَحْوِهِ ، فَلَا تَكُونُ الْيَدُ دَلِيلًا حَتَّى يَعْلَمَ أَنَّهُ رَقِيقٌ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ بِالْيَدِ ، لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ صَغِيرِينَ لَا يَعْبِرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا يَجُوزُ أَنْ يَشْهَدَ ، وَإِنْ لَمْ يَعْرِفْ رَقْعَهُمَا لِأَنَّهُ لَا يَدُ لَهُمَا بِخِلَافِ الْكَبِيرِينَ . قَالَ (وَإِذَا رَأَى الشَّاهِدُ خَطَّهُ لَا يَشْهَدُ مَا لَمْ يَذْكُرِ الْحَادِثَةَ) وَهَكَذَا الْقَاضِي وَالرَّائِي لِأَنَّ الْخَطَّ يَشْبَهُ الْخَطَّ فَلَا يَحْصُلُ الْعِلْمُ ، قَالُوا : وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقِيلَ هُوَ إِجْمَاعٌ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ إِذَا وَجَدَ الْقَاضِي الْقَضِيَّةَ

وَشَاهِدُ الزُّورِ يُشْهَرُ وَلَا يُعْزَرُ (سم ف) ، وَتُعْتَبَرُ مُوَافَقَةُ الشَّاهِدَةِ الدَّعْوَى ، وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى (سم) ، فَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْألفِ وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ (سم) ،

فِي دِيَوَانِهِ تَحْتَ خَتْمِهِ ، وَكَذَا إِذَا رَأَى الشَّاهِدَ رَقْمَ شَهَادَتِهِ عِنْدَهُ تَحْتَ خَتْمِهِ ، وَكَذَلِكَ الرَّاوى فَيَجُوزُ عِنْدَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْحَادِثَةَ لَوْ قَوَّعَ الْأَمْنُ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصَانِ . أَمَّا مَا كَانَ فِي الصِّكِّ بِيَدِ الْحَصْمِ وَلَيْسَ عِنْدَهُ نَسْخَتُهُ لَا يَجُوزُ لِمَا بَيْنَا ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ مَا لَمْ يَذْكُرِ الْحَادِثَةَ ، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إِنْ عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ » وَلَا عِلْمَ مَعَ النَّسْيَانِ ، وَشَرْطُ حُلِّ الرِّوَايَةِ عِنْدَهُ أَنْ يُحْفَظَ مِنْ حِينَ سَمِعَ إِلَى أَنْ يَرَوِيَ ، وَلِهَذَا قُلْتُ رَوَايَةَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَكَذَا إِذَا ذَكَرَ الْمَجْلِسَ الَّذِي كَانَ فِيهِ الْحَادِثَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ بِهَا مِنْ يَثْقُ بِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ مَا لَمْ يَذْكُرْهَا . قَالَ (وَشَاهِدُ الزُّورِ يُشْهَرُ وَلَا يُعْزَرُ) وَقَالَا : يُوْجَعُهُ ضَرْبًا وَيُجْبَسُهُ ، لِمَا رَوَى أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَمَ وَجْهَهُ (١) ، وَلِأَنَّهَا إِضْرَارٌ بِالنَّاسِ وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ فَيُعْزَرُهُ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الزُّجْرَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ أَزْجَرُ لَكِنَّهُ يَمْنَعُ مِنَ الرَّجُوعِ ، وَفَعَلَ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كَانَ سِيَاسَةً وَلِهَذَا بَلَغَ الْأَرْبَعِينَ وَسَخَمَ . وَالتَّشْهِيرُ : أَنْ يَبْعَثَهُ الْقَاضِي إِلَى أَهْلِهِ أَوْ سَوْقَهُ أَجْمَعَ مَا يَكُونُونَ وَيَقُولُ : الْقَاضِي يَقْرَأُكُمْ السَّلَامَ وَيَقُولُ : إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذَرُوهُ النَّاسَ ، مَنْقُولٌ ذَلِكَ عَنْ شَرِيحٍ . وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَفْعَلُ ذَلِكَ مَعَ الضَّرْبِ . قَالَ (وَتُعْتَبَرُ مُوَافَقَةُ الشَّاهِدَةِ الدَّعْوَى) لِأَنَّ الشَّاهِدَةَ لَا تُقْبَلُ إِلَّا بَعْدَ الدَّعْوَى ، فَإِنْ لَمْ تَوَافَقْهَا فَقَدْ انْعَدَمَتْ (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَى ، فَلَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْألفِ وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ لَمْ تُقْبَلْ) وَقَالَا : تُقْبَلُ عَلَى الْألفِ إِذَا ادَّعَى الْمُدَّعَى الْفَيْنَ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الْألفِ ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِزِيَادَةٍ فَيُثَبَّتُ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، كَمَا إِذَا شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِالْألفِ وَالْآخَرُ بِالْفَيْنِ وَخَمْسِمِائَةٍ ، فَانْهَ يَقْضَى بِالْألفِ ، كَذَا هَذَا ، وَعَلَى هَذَا الطَّلَاقُ وَالطَّلَقَتَيْنِ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ وَجَدَ الْاِخْتِلَافَ لَفْظًا ، وَأَنَّهُ دَلِيلُ الْاِخْتِلَافِ مَعْنَى ، لِأَنَّ مَعْنَى الْألفِ غَيْرُ مَعْنَى الْفَيْنِ ، وَهُمَا جُمْلَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ حَصَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدَةٍ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَلَا يَقْبَلُ كَاِخْتِلَافِ الْجِنْسِ بِخِلَافِ مَا ذَكَرَا ، لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى الْألفِ لَفْظًا وَمَعْنَى ، لِأَنَّهُ عَطَفَ الْخَمْسِمِائَةَ عَلَى الْألفِ ، وَالْعَطْفُ يَقَرِّرُ الْمَعْطُوفَ عَلَيْهِ ، وَمِثْلُهُ الطَّلَاقُ وَالطَّلَاقَةُ وَالنِّصْفُ بِخِلَافِ الْعَشْرَةِ وَالْخَمْسَةِ عَشَرَ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَطْفٍ فَهُوَ نَظِيرُ الْألفِ وَالْألفَيْنِ وَالْعَشْرُونَ ، وَالْخَمْسُ وَالْعَشْرُونَ نَظِيرُ الْألفِ وَالْألفِ وَالْخَمْسِمِائَةِ ، وَلَوْ كَانَ الْمُدَّعَى ادَّعَى الْأَقْلَ لَا تُقْبَلُ الشَّاهِدَةُ فِي الْمَسَائِلِ كُلِّهَا لِأَنَّهُ يَكْذِبُ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ ، وَلَوْ قَالَ : كَانَ حَقِّي أَلْفًا وَخَمْسِمِائَةً فَقَبِضْتُ خَمْسِمِائَةً أَوْ أَبْرَأْتُهُ عَنْهَا قَبْلَ التَّوْفِيقِ ، وَإِنْ شَهِدَا بِالْألفِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسِمِائَةً

(١) قَوْلُهُ وَسَخَمَ وَجْهَهُ : قَالَ فِي مُخْتَارِ الصَّحَاحِ : سَخَمَ اللَّهُ وَجْهَهُ تَسْخِيمًا : أَيِ سَوَّدَهُ .

وَلَوْ شَهِدَا عَلَى سَرِقَةٍ بِقَرَّةٍ وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا قُطِعَ (سم) ، وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْأُنْثَى وَالذَّكُورَةِ لَمْ يُقْطَعْ . شَهِدَا بِقَتْلِ زَيْدٍ يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ وَآخِرَانِ بِقَتْلِهِ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ رُدَّتَا ، فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقُضِيَ بِهَا بَطَلَتِ الْآخَرَى .

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَعْمَى ،

قضى بالألف لاتفاقهما عليها ، ولا يثبت القضاء (١) لأنها شهادة واحدة ، فلو شهد آخر يثبت ، وينبغي للشاهد إذا علم ذلك أن لا يشهد بالألف حتى يعترف المدعى بالقبض ليظهر الحق ولا يعين على الظلم . قال (ولو شهدا على سرقة بقرة واختلفا في لونها قطع ، وإن اختلفا في الأنوثة والذكورة لم يقطع) وقالوا : لا يقطع فيهما لأن المشهود به مختلف ، ولم يقم على كل واحد شاهدان وصار كالمسألة الثانية . وله أن اشتمال البقرة على اللونين جائز ، فيشهد كل واحد على ما رأى في جانبه وهي حالة اشتباه لأن السرقة تكون ليلا ، والعمل بالبيئة واجب ما أمكن فتقبل ، بخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما لا يجتمعان في بقرة فكانا متغايرين . قال (شهدا بقتل زيد يوم النحر بمكة ، وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة ردتا) لأن إحداهما كاذبة بيقين ولا تدري ، وليست إحداهما أولى من الأخرى بالرد ولا بالقبول فيردان (فإن سبقت إحداهما وقضى بها بطلت الأخرى) لأن الأولى ترجحت بالقضاء فلا تنقض بما هو دونها .

فصل

كل من ردت شهادته للرق أو الكفر أو للصبا ثم زالت هذه الموانع فأدأها قبلت ، ولو ردت لفسق أو زوجية أو العبد لمولاه أو المولى لعبده ثم زالت فأدأها لم تقبل . والفرق أن الأولى ليست بشهادة لعدم الأهلية فلم يكن الرد تكذيبا شرعا ، والثانية شهادة لقيام الأهلية فكان تكذيبا فلا تقبل أبدا ، ولو تحملها العبد لمولاه أو أحد الزوجين الآخر فأدأها بعد العتق والبيونة قبلت ، وكذلك إن تحملها وهو عبد أو كافر أو صبي فأدأها بعد زوال هذه العوارض قبلت لأن المعتبر حالة الأداء لما يأتي ولا مانع حاشئ . قال (ولا تقبل شهادة الأعمى) وقال زفر : تقبل فيما يجري فيه التسامع لأنه يسمع . وقال أبو يوسف : إن كان بصيرا وقت التحمل تقبل لوجود العلم بالنظر ، وعند الأداء يحتاج إلى القول وهو قادر عليه ويعرفه بالنسبة كما في الميت . ولنا أنه لا يقدر على التمييز بين الأشخاص ولا على الإشارة ، والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ولو عمى بعد الأداء قبل القضاء لا يقضى

(١) قوله ولا يثبت القضاء : المراد أنه لا يسمع قول ذلك الشاهد أنه قضاه منها خمسمائة .

وَلَا الْمَحْدُودِ (سز) فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ ، وَلَوْ حُدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ اسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ ، وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَلَا لِلْوَالِدِ وَإِنْ عُلَا ، وَلَا لِعَبْدِهِ ، وَلَا لِمُكَاتِبِهِ ، وَلَا لِلزَّوْجِ (ف) وَالزَّوْجَةِ (ف) ، وَلَا أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخِرِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا ، وَلَا شَهَادَةُ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ وَلَا نَائِحَةٍ ، وَلَا مَن يَغْنَى لِلنَّاسِ ، وَلَا مُدْمِنِ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ ،

بِهَا عِنْدَهُمَا ، لِأَنَّ أَهْلِيَّةَ الشَّهَادَةِ شَرْطُ وَقْتِ الْقَضَاءِ لِيَصِيرَ حُجَّةً ، كَمَا إِذَا جُنَّ أَوْ فَسَقَ ، بِخِلَافِ الْمَوْتِ فَانْه مِنْهُ لِلْأَهْلِيَّةِ وَالْغَنِيَّةِ لَا تَقُوتُ بِهَا الْأَهْلِيَّةُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْآخِرْسِ ، لِأَنَّ الشَّهَادَةَ بِالنُّطْقِ وَهُوَ عَاجِزٌ عَنْهُ . قَالَ (وَلَا الْمَحْدُودُ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا - وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الْحُدِّ لِأَنَّهُ مَانِعٌ فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ . أَمَّا الْمَحْدُودُ فِي غَيْرِ الْقَذْفِ فَالرَّدُّ لَيْسَ مِنَ الْحُدِّ وَإِنَّمَا هُوَ لِلْفُسْقِ ، وَقَدْ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ وَالِاسْتِثْنَاءِ فِي الْآيَةِ مَنْقُطِعٌ أَوْ هُوَ مَصْرُوفٌ إِلَى الْأَقْرَبِ وَهُوَ الْفُسْقُ (وَلَوْ حُدَّ الْكَافِرُ فِي قَذْفٍ ثُمَّ اسْلَمَ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ) لِأَنَّ بِالْإِسْلَامِ حَدَّثَتْ لَهُ شَهَادَةٌ أُخْرَى غَيْرَ الَّتِي كَانَتْ قَبْلَهُ ، فَلَا يَكُونُ الْحُدُّ فِي إِسْقَاطِ الْأُولَى إِسْقَاطًا فِي الثَّانِيَةِ ، لِأَنَّهُمَا لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً . قَالَ (وَلَا تَقْبَلُ الشَّهَادَةَ لِلْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، وَلَا لِلْوَالِدِ وَإِنْ عُلَا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَالِدِ لَوْلَدِهِ ، وَلَا الْوَلَدُ لَوَالِدِهِ ، وَلَا الْمَرْأَةُ لَزَوْجِهَا ، وَلَا الزَّوْجُ لِمَرْأَتِهِ ، وَلَا الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ ، وَلَا السَّيِّدُ لِعَبْدِهِ ، وَلَا الشَّرِيكُ لَشَرِيكِهِ ، وَلَا الْأَجِيرُ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ » رَوَى ذَلِكَ بِأَحَادِيثٍ مُخْتَلِفَةٍ بِهَذِهِ الْأَلْفَافِ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ حَتَّى لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمْ فَيَكُونُ شَهَادَةُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ وَمَحْرَمِيَّةُ الرِّضَاعِ لَا تَمْنَعُ قَبُولَ الشَّهَادَةِ لِأَنَّهُ لَا جُزْئِيَّةَ بَيْنَهُمَا فَانْتَفَتْ التَّهْمَةُ ، وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الْقَرَابَاتِ كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَالْحَالِ وَمَا سِوَى قَرَابَةِ الْوَلَادِ لِعَدَمِ مَا ذَكَرْنَا . قَالَ (وَلَا لِعَبْدِهِ) لِمَا رَوَيْنَا ، وَلِأَنَّ الْعَبْدَ لَا يَمْلِكُ فَتَقَعُ الشَّهَادَةُ لِنَفْسِهِ (وَلَا لِمُكَاتِبِهِ) لِأَنَّ أَكْسَابَهُ لَهُ مِنْ وَجْهِهِ وَالْعَبْدُ الْمَدْيُونُ كَالْمُكَاتِبِ . قَالَ (وَلَا لِلزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ) لِمَا رَوَيْنَا ، وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمَا مُتَّصِلَةٌ عَادَةً فَتَقَعُ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهِهِ (وَلَا أَحَدَ الشَّرِيكَيْنِ لِلْآخِرِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا) لِمَا رَوَيْنَا وَلِأَنَّهُمَا تَقَعُ لِنَفْسِهِ (وَلَا شَهَادَةُ الْأَجِيرِ الْخَاصِّ) لِمَا رَوَيْنَا ، وَلِأَنَّهُ يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَةَ فِي مَدَّةِ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ ، فَصَارَ كَالْمُسْتَأْجِرِ لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ . قَالَ (وَلَا تَقْبَلُ شَهَادَةَ مُخَنَّثٍ وَلَا نَائِحَةٍ ، وَلَا مَنْ يَغْنَى لِلنَّاسِ) لِأَنَّ ذَلِكَ فَسْقٌ « لِأَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ صَوْتَيْنِ أَحْمَقَيْنِ : النَّائِحَةِ ، وَالْمَغْنِيَةِ » وَالْمُرَادُ الْمَخْنَثُ الَّذِي يَفْعَلُ الْأَفْعَالَ الرَّدِيئَةَ ، وَأَنَّهُ مَعْصِيَةٌ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَعَنَ اللَّهُ الْمُؤَنَّثَاتِ مِنَ الرِّجَالِ ، وَالْمَذْكُورَاتِ مِنَ النِّسَاءِ » أَمَّا اللَّيْنُ فِي الْكَلَامِ خَلْقَةٌ فَتَقْبَلُ شَهَادَتُهُ . قَالَ (وَلَا مُدْمِنِ الشَّرْبِ عَلَى اللَّهِ) لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ . قَالَ مُحَمَّدٌ : مَنْ شَرِبَ النَّبِيذَ مَتَأَوَّلًا قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ مَا لَمْ يَسْكُرْ أَوْ يَكُنْ عَلَى اللَّهِ .

وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطَّيُورِ ، وَلَا مَنْ يَفْعَلُ كَبِيرَةً تُوجِبُ الْحَدَّ ، وَلَا مَنْ يَأْكُلُ الرِّبَا ، وَلَا مَنْ يَقَامِرُ بِالشَّطْرَنْجِ وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الْحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ ، وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الْأَفْعَالَ الْمُسْتَخْفَةَ كَالْبَوْلِ وَالْأَكْلَ عَلَى الطَّرِيقِ ، وَلَا مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ ، وَلَا شَهَادَةَ الْعَدُوِّ إِنْ كَانَتْ الْعَدَاوَةُ بِسَبَبِ الدُّنْيَا ، وَتُقْبَلُ إِنْ كَانَتْ بِسَبَبِ الدِّينِ ،

(ولا من يلعب بالطيور) لأنه يوجب غفلة ويطلع على العورات بالطلوع على السطوحات . قال (ولا من يفعل كبيرة توجب الحد) لفسقه (ولا من يأكل الربا) لأنه حرام ، وشرط بعضهم الإدمان عليه لأنه قلّ ما يخلو عن العقد الفاسد (ولا من يقامر بالشطرنج) لأنه حرام . أما نفس اللعب لا يسقط العدالة لمكان الاجتهاد إلا أن تفوته الصلاة أو يحلف عليه كذبا . قال (ولا من يدخل الحمام بغير إزار) لفسقه بابتداء عورته (ولا من يفعل شيئا من الأفعال المستخفة كالبول والأكل على الطريق) لأنه يسقط المروءة فلا يتحاشى عن الكذب ، وكذا من يمشى في السوق بالسراويل وحده ، وكذلك المناهدة مع الابن في السفر . قال (ولا من يظهر سبّ السلف) لفسقه بخلاف من يكتمه ، ولا الشتام للناس والجيران . قال أبو يوسف : لأجيز شهادة من شتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن ذلك فعل الأسقاط وأوضاع الناس ، وأقبل شهادة الذين تبرّءوا منهم لأنه يفعل ذلك تدينا وإن كان باطلا (ولا شهادة العدو إن كانت العداوة بسبب الدنيا) لأنه لا يؤمن عليه الكذب (وتقبل إن كانت بسبب الدين) لأنه لا يكذب لدينه كأهل الأهواء ، ولا تقبل شهادة تارك الجمع والجماعات مجانة ، واشترط بعضهم لذلك ترك الجمعة ثلاث مرات ، وقال الخصاص مرة . وإن تركها لعذر مرض أو بعد من المصر أو بتأويل بأن كان يفسق الإمام لا ترد شهادته ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور . قال محمد : العدل الذي لم يظهر ريبة . قال محمد : موثر آخر الزكاة والحج إن كان صالحا قبلت شهادته لأنها لا وقت لهما ، وما كان له وقت كالصوم والصلاة تردّ شهادته بالتأخير . وقال أبو يوسف : أقبل شهادة الشاعر ما لم يقذف في شعره المحصنات ، وقال العدل : هو الذي غلبت حسناته على سيئاته ، ولا يمكن اشتراط السلامة عن كلّ مأثم ، قال الله تعالى - ولو يؤخذ الله الناس بما كسبوا ما ترك على ظهرها من دابة - وهذا يدلّ على أن العبد قلّ ما يسلم عن ذلك ولا تقبل شهادة النخاسين والدلائن لأنهم يكذبون ، وتقبل شهادة أهل جميع الصنائع كلها إذا كانوا عدولا إلا إذا كان يجري بينهم الحلف والأيمان الفاجرة . ومن يجن ويفيق فشهادته جائزة حال إفاقته ، وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطائية وهم قوم من الرافضة يستجيزون الشهادة لكل من يحلف عندهم ، لأنهم يرون حرمة الكذب ، وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة ،

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِ عَلَى الذِّمِّيِّ ، وَتُقْبَلُ (ف) شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عَلَيْهِ ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَقْلَفِ وَالْخَصِيِّ وَالْخُنْثَى وَوَلَدِ الزَّنا ، وَالْمُعْتَبَرُ حَالُ الشَّاهِدِ وَقْتُ الْأَدَاءِ لَا وَقْتُ التَّحْمَلِ . وَإِذَا كَانَتْ الْحَسَنَاتُ أَكْثَرَ مِنَ السَّيِّئَاتِ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ .

ولا تقبل شهادة المجسمة لأنهم كفرة ، ومن لا يكفر من أهل الأهواء تقبل شهادتهم . ألا يرى أن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا واقتتلوا ، وشهادة بعضهم على بعض كانت مقبولة ، وليس ما بين أهل الأهواء من الاختلاف أكثر ما كان بينهم من القتال ، بخلاف الفاسق عملاً لأنه ارتكب محذور دينه فارتكب الكذب ، وهذا يعتقد ما يفعله حقا يدين به الله تعالى فيمتنع عن الكذب . قال (وتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض) لأن الشهادة من باب الولاية ، وهم أهل الولاية بعضهم على بعض ، ولهذا قلنا لا تقبل شهادتهم على المسلم لعدم ولايتهم عليه وفسقه من حيث الاعتقاد فلا يمنع قبول الشهادة لأنه يجنب محرم دينه ، والكذب محرم في جميع الأديان . وعن يحيى بن أكرم قال : اجتمعت أقاويل السلف على قبول شهادة النصارى بعضهم على بعض ، فلم أجد أحدا ردّ شهادتهم غير ربيعة بن عبد الرحمن ، فإني وجدت عنه روايتين ، والنبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين بشهادة اليهود ، وملهم وإن اختلفت فهم متفقون في الكفر بالله تعالى وتكذيب النبي صلى الله عليه وسلم ويجمعهم دار واحدة ، بخلاف عدم قبول شهادة الروم على الهند وبالعكس لانقطاع الولاية باختلاف الدارين وبخلاف المرتدّ لأنه لا ولاية له على أحد (ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي) لعدم الولاية (وتقبل شهادة الذمي عليه) لأن ولايته ثابتة في دارنا على نفسه وأولاده الصغار فتكون ثابتة في جنسه . قال (وتقبل شهادة الأقلف) لأن ترك السنة لا يوجب الفسق إلا إذا تركه رغبة عن السنة ، ولو تركه بعد ما كبر لا يفسق لأنه تركه صيانة لمهجته (١) لا رغبة عن السنة . قال (والخصي) لأنه قطع عضو منه فصار كغيره من الأعضاء ، وعمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي . قال (والخنثى) لأنه إما رجل أو امرأة . قال (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسقه ككفرهما وإسلامه ، إذ الكلام في العدل . قال (والمعتبر حال الشاهد وقت الأداء لا وقت التحمل) لأن العمل بها والإلزام حالة الأداء فتعتبر الأهلية والولاية عنده . قال (وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات قبلت الشهادة) لما مرّ ، ولا بدّ من اجتناب الكبائر أجمع غير مصرّ على الصغائر ، ويكون صلاحه أكثر من فساد ، معتاد الصدق ، مجتنب الكذب ، يخاف

(١) قوله لمهجته : أي لإبقاء روحه .

فصل

تَجُوزُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ فِيمَا لَا يَسْقُطُ (ف) بِالشُّبْهَةِ ،

هتك السر ، صحيح المعاملة ، في الدينار والدرهم ، مؤديا للأمانة ، قليل اللهو والهديان . قال عمر رضى الله عنه : لا يغرنكم طنطنة الرجل في صلاته ، وانظروا إلى حاله عند درهمه وديناره . أما الإسلام بمعصيته لا يمنع قبول الشهادة ، لما في اعتبار ذلك من سد باب الشهادة :

فصل

اعلم أن الجرح مقدم على التعديل ، لأن الجرح اعتمد دليلا وهو العيان لارتكابه محذور دينه ، والمعدل شهد بالظاهر ولم يعتمد على دليل ، ولو عدله واحد وجرحه آخر فالجرح أولى ، فان عدله آخر فالتعديل أولى لأنه حجة كاملة ، ولو عدله جماعة وجرحه اثنان فالجرح أولى لاستوائهما في الثبوت ، لأن زيادة العدد لا توجب الترجيح ، ولا يسمع القاضي الشهادة على الجرح قصدا ولا يحكم بها لأن الحكم للإلزام وأنه يرتفع بالتوبة ، ولأن فيه هتكه والسر واجب ، ولو شهدوا على إقرار المدعى بذلك سمعها ، لأن الإقرار يدخل تحت الحكم ، ويظهر أثره في حق المدعى ، ولو أقام المدعى عليه بينة أن المدعى استأجر الشهود لأداء الشهادة لا تقبل ، لأنها على الجرح خاصة ، إذ لا خصم في إثبات الإجارة حتى لو قال استأجرهم بدراهم ودفعها إليهم من مالى الذى فى يده قبلت لأنه خصم ، ثم يثبت الجرح بناء عليه ، وكذلك لو قال : صالحتهم على مال دفعته إليهم لثلاث يشهدوا بهذا الباطل وطالبهم برد ذلك المال وأقام البينة على ذلك لما قلنا ، ولو قال : لم أسلم المال إليهم لم تقبل ، ولو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود أو قذف أو شارب خمر أو سارق أو شريك المدعى أو أجيره ونحو ذلك قبلت ، لأن ذلك مما يدخل تحت الحكم لأنه يتضمن حق الشرع وهو الحدود أو حق العبد . قال الخصاص : وأسباب الجرح كثيرة : منها الركوب في البحر ، والتجارة إلى أرض الكفار ، وفي قرى فارس وأشباهه ، لأنه خاطر بدينه ونفسه حيث سكن دار الحرب وكثر سوادهم لينال بذلك مالا فلا يؤمن أن يكذب بأخذ المال وقرى فارس يطعمونهم الربا وهم لا يعلمون .

فصل

(تجوز الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة) والأصل في جوازها إجماع الأمة على

وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ عَلَى شَهَادَةِ وَاحِدٍ ، وَتَجُوزُ شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ . وَصِفَةُ الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ الْأَصْلُ : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذِّاءَ ، وَيَقُولُ الْفَرْعُ عِنْدَ الْأَدَاءِ : أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَى شَهَادَتِهِ أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذِّاءَ ، وَقَالَ لِي : أَشْهَدُ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ ،

ذلك واحتياج الناس إلى إحياء الحقوق بذلك لأنه قد يعجز عن الأداء لمرض أو موت أو سفر ، فأولا ذلك لبطل حقوق الناس ، وتجاوز الشهادة على الشهادة وإن بعد للحاجة على ما بينا . وعن علي رضي الله عنه أنه تقبل في الشهادة على الشهادة شهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين . ولأنه نقل خبر يثبت به حق المدعى فيجوز كالشهادة على الإقرار ، وإنما لم تجز في الحدود والقصاص لأن مبناها على الإسقاط والدرء ، وفي ذلك احتيال للثبوت ولأن فيها شبهة لزيادة احتمال الكذب أو البدلية ، والحدود تسقط بالشبهات ، وتقبل على استيفاء الحدود لأن الاستيفاء لا يسقط بالشبهة ، وما يوجب التعزير عن أبي حنيفة أنه لا يقبل كسائر العقوبات ، وعن أبي يوسف أنه يقبل ، لأن التعزير لا يسقط بالشبهة ، لما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالهمة » والحبس تعزير . قال (ولا تجوز شهادة واحد على شهادة واحد) لأنه حق فلا بد من النصاب . وعن علي رضي الله عنه : لا تجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين . قال (ويجوز شهادة رجلين على شهادة رجلين) لما روينا من حديث علي رضي الله عنه أولا ، ولأن شهادة كل أصل حق فصار كما إذا شهدا بحقين (وصفة الإشهاد أن يقول الأصل : أشهد على شهادتي أنني أشهد أن فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذِّاءَ) لأن الفرع ينقل شهادة الأصل ، فلا بد من التحميل لما بينا ، فيشهد كما يشهد عند القاضي لينقلها إليه . قال (ويقول الفرع عند الأداء : أشهد أن فُلَانًا أشهدني على شهادته أن فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذِّاءَ ، وقال لي أشهد على شهادتي بذلك) لأنه لا بد من ذكر شهادته وذكر شهادة الأصل والتحميل وذلك بما ذكرنا ، وذكر الحصاص أنه يحتاج إلى أن يأتي بلفظ الشهادة ثمان مرات ، وهو أن يقول : أشهد أن فُلَانًا أشهدني على شهادته وهو يشهد أن فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذِّاءَ وأشهده على إقراره ، وقال لي : أشهد على شهادتي وأنا أشهد بذلك . ومن أصحابنا من اكتفى بخمس وهو ما ذكرنا أولا . ومنهم من قال أربع وهو أن يقول : أشهد أن فُلَانًا أشهدني ، وقال لي : أشهد على شهادتي . ومنهم من قال ثلاث مرات ، وهو أقل ما قيل فيه وهو أن يقول : أشهد أن فُلَانًا قال لي : أشهد على شهادتي ، أو أشهد أن فُلَانًا أشهدني على شهادتي . والأحسن ما ذكر في الكتاب ، والأحوط ما ذكره الحصاص ، لأن فيه تحريزا عن اختلاف كثير بين العلماء يصغر كتابنا عن استيعابه .

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ إِلَّا إِذَا تَعَذَّرَ حُضُورُ الْأُصُولِ مَجْلِسَ الْحُكْمِ ،
فَإِنْ عَدَّ لَهُمْ شُهُودُ الْفُرْعِ جَازَ ، وَإِنْ سَكَّتُوا عَنْهُمْ جَازَ ، وَإِذَا أَنْكَرَ شُهُودُ
الْأَصْلِ الشَّاهِدَةَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ الْفُرُوعِ ، وَالتَّعْرِيفُ يَتِمُّ بِذِكْرِ الْجَدِّ أَوْ
الْفَخْدِ ،

قال (ولا تقبل شهادة الفروع إلا إذا تعذر حضور الأصول مجلس الحكم) وقال أبو يوسف
تقبل لأنهم بمنزلة المرأتين مع الرجل الثاني نظرا إلى قوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل
وامرأتان - وأجمعنا على جواز شهادة المرأتين مع وجود الرجل الثاني فكذلك هذا . وجه الظاهر
أن الأصل عدم الجواز ، وإنما جَوَزْنَاهَا لما ذكرنا من الحاجة ، ولا حاجة مع حضرة
الأصول ، ولأن الفروع أبدال ، ولا حكم للبديل مع وجود الأصل كما في النظائر ،
وشهادة المرأتين ليست بدلية لأن الآية خطاب للحكام ، كأنه قال لهم فاطلبوا شهيدين من
رجالكم ، فإن لم يكن وجاء رجل وامرأتان ترضونهم فاقبلوا شهادتهم . والعذر موت أو
مرض أو سفر ، لأن الحاجة عند تعذر شهادة الأصول وذلك فيما ذكرنا . أما الموت فظاهر
وأما المرض فالمراد به مرض لا يستطيع معه حضور مجلس القضاء . وأما السفر فمقدر بمدة
السفر ، لأن بعد المسافة عذر ، والشرع قد اعتبر ذلك المدة حتى رتب عليها كثيرا من
الأحكام . وقال أبو يوسف : إن أمكنه أن يحضر مجلس القضاء ويعود إلى أهله في يومه
فليس بعذر ، وإن لم يمكنه ذلك فهو عذر ، لأن البيتوتة ، في غير أهله مشقة . قال أبو الليث :
وبه نأخذ . قال (فإن علمهم شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل الزكية ، ومثله لو شهد
اثنان فزكى أحدهما الآخر جاز ، ولا يكون ذلك تهمة في حقه حيث أنه سبب قبول قوله
فإن العدل لا يتهم بمثله . ألا ترى أنه لا يتهم في إقامة شهادته ؟ (وإن سكتوا عنهم جاز)
ويسأل القاضي عنهم عند أبي يوسف ، لأن الواجب عليهم النقل دون التعديل ، فإذا نقلوها
يتعرف القاضي العدالة من غيرهم . وقال محمد : لا تقبل ، لأن الشهادة تعتمد العدالة
فإذا سكتوا صاروا شاكين فيما شهدوا به فلا تقبل . قال (وإذا أنكر شهود الأصول الشهادة
لم تقبل شهادة الفروع) لأن من شرطها التحميل وقد وقع التعارض فيه فلا يثبت بالشك ؛
ولو ارتدّا شاهدا الأصل ثم أسلما ، لم تقبل شهادة الفروع ، لأن بالردة بطل الإشهاد ؛
ولو ردت شهادة الفروع لتهمة في الأصول ، ثم تاب الأصول لم تقبل شهادة الأصول
ولا الفروع ، لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فالردود شهادة الأصول ؛ ويجوز شهادة
الابن على شهادة الأب ، لأنه لا منفعة لابنه في ذلك . قال (والتعريف يتم بذكر الجدد أو
الفخذ) لأن التعريف لا بد منه ولا يحصل إلا بما ذكرنا ، لأن النسبة إلى القبيلة كبنى تميم
لا يحصل به التعريف لأنهم لا يحصون فلا بد من التعريف بالفخذ وهي القبيلة الخاصة ،

وَالنَّسْبَةُ إِلَى الْمِصْرِ وَالْمَحِلَّةِ الْكَبِيرَةِ عَامَّةٌ ، وَإِلَى السَّكَةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةٌ .

باب الرجوع عن الشهادة

وَلَا يَصِحُّ إِلَّا فِي مَجْلِسِ الْحُكْمِ ، فَإِنْ رَجَعُوا قَبْلَ الْحُكْمِ بِهَا سَقَطَتْ ، وَبَعْدَهُ لَمْ يُفْسَخِ الْحُكْمُ ، وَضَمِنُوا مَا أَتْلَفُوهُ بِشَهَادَتِهِمْ ، فَإِنْ شَهِدَا بِمَالٍ فَقَضِيَ بِهِ ، وَأَخَذَهُ الْمُدْعَى ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَاهُ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ ،

وكذا ذكر الأب ، لأن كثيرا ما يقع الاشتراك في اسم الإنسان واسم أبيه . أما الاشتراك مع ذلك في اسم الجد فنادر فحصل به التعريف (والنسبة إلى المصير والمحلة الكبيرة عامة) لأنهم لا يحصون (وإلى السكة الصغيرة خاصة) .

باب الرجوع عن الشهادة

الأصل فيه قول عمر رضي الله عنه في كتاب القاضي : فلا يمنعك قضاء قضيته وراجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك أن ترجع فيه إلى الحق ، فإن الحق قديم لا يبطل ، والرجوع إلى الحق خير من التمادي في الباطل ، فكذلك الشاهد لأن المعنى يجمعهما ، لأن الرجوع عن الشهادة الباطلة رجوع من الباطل إلى الحق ، والرجوع قوله شهدت بزور وما أشبهه ، وأصل آخر أن الشاهد بشهادته تسبب إلى إتلاف المال على المشهود عليه باخراجه من ملكه يدا وتصرفا ، فإن أزاله بغير عوض ضمن الجميع ، وإن كان بعوض إن كان مثالا له لاضمان عليه ، وإن كان أقل منه ضمن النقصان ، والقاضي ملجأ إلى القضاء من جهة الشهود فلا يضاف الإتلاف إليه . قال (ولا يصح إلا في مجلس الحكم) لأنه يحتاج فيه إلى حكم الحاكم بمقتضى الرجوع ، فلا بد من مجلس القاضي كما في الشهادة ، ولأنه توبة والشهادة جنائية ، فيشترط استواؤها في الجهر والإخفاء ، ولو أقام المشهود عليه البينة أنهما رجعا لم تقبل ولا يحلفان ، فإن قال رجعت عند قاض آخر كان هذا رجوعا مبتدأ عند القاضي . قال (فإن رجعوا قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق لا يثبت إلا بالقضاء والقضاء بالشهادة وقد تناقضت . قال (وبعده لم يفسخ الحكم) لأن الشهادة والرجوع عنها سواء في احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الأول ترجح بالقضاء فلا ينقض بالثاني . قال (وضمنوا ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهما بسبب الضمان على ما بيناه ، فلو شهد أنه قضاه دينه أو أبرأه منه فقضى به ثم رجعا ضمنا لما مر . قال (فإن شهدا بمال فقضى به وأخذته المدعى ثم رجعا ضمناه للمشهود عليه) لوجود التسبب على وجه التعدي ، وأنه موجب للضمان كحافر البئر ، ولا وجه إلى تضمين المدعى لأن الحكم ماض ، ولا يضمن القاضي لما بينا ،

فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِينَ النِّصْفِ ، وَالْعِبْرَةُ فِي الرَّجُوعِ لِمَنْ بَقِيَ لَا لِمَنْ رَجَعَ ، فَلَوْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَرَجَعَ وَاحِدٌ لَأُشِيَءَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ ضَمِينَ النِّصْفِ ، وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتِ وَاحِدَةً فَعَلَيْهِمَا رُبْعُ الْمَالِ ، وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِينَ نِصْفَهُ ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعُوا فَعَلَى الرَّجُلِ السُّدُسُ وَعَلَيْهِنَّ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ (سم) ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ خَاصَّةً . شَهِدَا بِنِكَاحٍ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا لِضَمَانِ عَالِيَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرٍ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ ضَمِينَ الزِّيَادَةِ لِلزَّوْجِ ، وَفِي الطَّلَاقِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ضَمِينَ نِصْفِ (ف) الْمَهْرِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ (ف)

وَلَا فِي تَضْمِينِهِ مَنَعَ النَّاسَ عَنْ تَقْلِيدِ الْقَضَاءِ خَوْفًا مِنَ الضَّمَانِ ، وَلَوْ شَهِدَا بَعَيْنِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِينَ قِيمَتَهَا أَقْبَضَهَا الْمَشْهُودُ لَهُ ، أَوْ لَمْ يَقْبِضْهَا لِأَنَّهُ مَلِكُهَا بِمَجْرَدِ الْقَضَاءِ ، وَالدِّينُ لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ . قَالَ (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِينَ النِّصْفِ وَالْعِبْرَةُ فِي الرَّجُوعِ لِمَنْ بَقِيَ لَا لِمَنْ رَجَعَ) أَلَا يَرَى أَنَّهُ إِذَا بَقِيَ مَنْ يَقُومُ بِهِ الْحَقُّ لَااعْتِبَارَ بِرَجُوعِ مَنْ رَجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ هُنَا مَنْ يَقُومُ بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الْحَقِّ ، فَيَضْمَنُ الرَّاجِعُ النِّصْفَ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهُ (فَلَوْ كَانُوا ثَلَاثَةً فَرَجَعَ وَاحِدٌ لَأُشِيَءَ عَلَيْهِ) لِبَقَاءِ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ جَمِيعُ الْحَقِّ (فَإِنْ رَجَعَ آخَرُ ضَمِينَ النِّصْفِ) لِمَا مَرَّ . قَالَ (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ فَرَجَعَتِ وَاحِدَةً فَعَلَيْهَا رُبْعُ الْمَالِ ، وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِينَ نِصْفَهُ ، وَلَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشْرُ نِسْوَةٍ ثُمَّ رَجَعُوا ، فَعَلَى الرَّجُلِ السُّدُسُ وَعَلَيْهِنَّ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ) وَقَالَا : عَلَيْهِ النِّصْفُ وَعَلَيْهِنَّ النِّصْفُ ، لِأَنَّ النِّسَاءَ وَإِنْ كَثُرْنَ فَهِنَّ مَقَامُ رَجُلٍ وَاحِدٍ ، لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِهِنَّ إِلَّا نِصْفُ الْحَقِّ . وَلَأَبَى حَنِيفَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ مَقَامُ رَجُلٍ قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « عَدَلْتُ شَهَادَةً كُلِّ اثْنَتَيْنِ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ » فَصَارَ كَشَهَادَةِ سِتَّةٍ مِنَ الرِّجَالِ ، وَلَوْ رَجَعَ النِّسَاءُ كُلَّهُنَّ فَعَلَيْهِنَّ النِّصْفُ لِمَا قُلْنَا ، وَلَوْ رَجَعَ ثَمَانُ لَأُشِيَءَ عَلَيْهِنَّ ، وَلَوْ رَجَعَتِ أُخْرَى فَعَلَى الرَّاجِعَاتِ الرُّبْعُ لِمَا مَرَّ ، وَلَوْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَثَمَانُ نِسْوَةٍ فَعَلَى الرَّجُلِ نِصْفُ الْحَقِّ وَلَا شَيْءَ عَلَى الرَّاجِعَاتِ لِأَنَّهُ بَقِيَ مِنْهُنَّ مَنْ يَقُومُ بِهِ نِصْفُ الْحَقِّ (وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ ثُمَّ رَجَعُوا فَالضَّمَانُ عَلَى الرَّجُلَيْنِ خَاصَّةً) لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ بِهِمَا دُونَهُمَا . قَالَ (شَهِدَا بِنِكَاحٍ بِأَقْلٍ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا لِضَمَانِ عَلَيْهِمَا) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ غَيْرَ مَتَقَوِّمَةٍ إِلَّا بِالتَّمْلِيكِ بِالْعَقْدِ ، وَالضَّمَانُ يَسْتَدْعِي الْمِمَّاثِلَةَ ، وَإِنَّمَا يَتَقَوَّمُ بِالتَّمْلِيكِ إِظْهَارًا لَخَطَرِ الْمَحَلِّ (وَإِنْ كَانَ بِأَكْثَرٍ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ ضَمِينَ الزِّيَادَةِ لِلزَّوْجِ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا بِغَيْرِ عَوْضٍ . قَالَ (وَفِي الطَّلَاقِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ضَمِينَ نِصْفِ الْمَهْرِ) لِأَنَّهُمَا أَكْدَا مَا كَانَ عَلَى شَرَفِ السَّقْرُوطِ (وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ لَمْ يَضْمَنْ) لِأَنَّ الْمَهْرَ تَأْكُدُ بِالدُّخُولِ فَلَمْ يَتْلَفَا شَيْئًا . شَهِدَا بِالطَّلَاقِ وَآخِرَانِ أَنَّهُ دَخَلَ بِهِمَا ثُمَّ رَجَعُوا ضَمِينَ شُهُودِ الدُّخُولِ ثَلَاثَةَ أَرْبَاعِ الْمَهْرِ وَشُهُودِ

وَإِذَا رَجَعَ شُهَدَا الْقِصَاصِ ضَمِنُوا الدِّيَّةَ ، وَإِذَا رَجَعَ شُهَدَا الْفَرَعِ ضَمِنُوا ،
وَإِنْ رَجَعَ شُهَدَا الْأَصْلِ وَقَالُوا : لَمْ نَشْهَدْ شُهَدَا الْفَرَعِ كَمْ يَضْمِنُوا ، وَلَا
ضَمَانَ عَلَى شُهَدَا الْإِحْصَانِ ، وَإِنْ رَجَعَ شُهَدَا الْيَمِينِ ، وَشُهَدَا الشَّرْطِ
فَالضَّمَانُ عَلَى شُهَدَا الْيَمِينِ وَإِذَا رَجَعَ الْمَرْكُونُ ضَمِنُوا .

الطلاق ربه ، لأن الفريقين اتفقا على النصف ، فيكون على كل فريق ربه ، وانفرد
شهود الدخول بالنصف فينفردون بضمانه ، وفي الشهادة بالعتق يضمنان القيمة لأنهما أتلغا
مالية العبد من غير عوض والولاء له ، لأن العتق لم يتحول إليهما فلا يتحول الولاء ، ولو
شهدا بالبيع ثم رجعا ضمنا القيمة للاثمن ، لأنهما أتلغا المبيع للاثمن ؛ ولو شهدا ببيع عبد
ثم رجعا بعد القضاء وقيمة العبد أكثر من الثمن ضمنا الفضل ، ولو شهدا بالتدبير ثم رجعا
ضمنا ما نقصه التدبير . قال (وإذا رجع شهود القصاص ضمنوا الدية) ولا قصاص عليهم
لأنه لم يوجد القتل مباشرة ، والتسبيب لا يوجب القصاص كحافر البئر ، بخلاف الإكراه
لأن المكره فيه مضطر إلى ذلك فانه يؤثر حياته ، ولا كذلك الولي فانه مختار والاختيار
يقطع التسبيب ، وإذا امتنع القصاص وجبت الدية ، لأن القتل بغير حق لا يخلو عن أحد
الموجبين ، ولو شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا لم يضمن ، لأن القصاص ليس بمال .
قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن التلغ أضيف إليهم فانهم الذين أبلغوا القاضي
إلى الحكم (وإن رجع شهود الأصل وقالوا : لم نشهد شهود الفرع لم يضمنوا) لأنهم أنكروا
التسبيب وهو الإشهاد ، والقضاء ماض لأنه خبر محتمل ؛ ولو قالوا : أشهدناهم وغلطنا
فلا ضمان عليهم . وقال محمد : يضمنون لأن الفروع نقلوا شهادتهم فصاروا كأنهم حضروا .
ولهما أن القضاء وقع بما عاينه من الحجة وهي شهادة الفروع فيضاف إليهم ، ولو رجع
الأصول والفروع جميعا فالضمان على الفروع عندهما لما بينا . وعند محمد إن شاء ضمن
الأصول لما مر ، وإن شاء ضمن الفروع لما مر لهما ، والجهتان متغايرتان فلا يجمع
بينهما . قال (ولا ضمان على شهود الإحصان) لأن الإحصان شرط محض ، والحكم يضاف
إلى العلة لا إلى الشرط . قال (وإن رجع شهود اليمين وشهود الشرط فالضمان على شهود اليمين)
لأن السبب هو اليمين ، والتلف مضاف إلى من أثبت السبب دون الشرط ، فان القاضي
يقضي بشهادة شهود اليمين دون شهود الشرط . وصورة المسئلة : شهد شاهدان أنه علق عتق
عنده أو طلاق امرأته بدخول الدار ، وشهد شاهدان بالدخول والطلاق قبل الدخول تجب
قيمة العبد ونصف المهر على شهود التعليق لأنه السبب . قال (وإذا رجع المزكون ضمنوا)
وقالا : لا يضمنون لأنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان . وله أن القاضي

كتاب الوكالة

وَلَا تَصِحُّ حَتَّى يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفُ وَتَلَزَمُهُ الْأَحْكَامُ ،
وَالْمُوكِّلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَيَقْصِدُهُ ، وَكُلُّ عَقْدٍ جَازٍ أَنْ يَعْقِدَهُ بِنَفْسِهِ
جَازٌ أَنْ يُوَكَّلَ بِهِ ،

إنما يعمل بالشهادة بالتزكية ، فهي علة العلة فيضاف الحكم إليها ، بخلاف شهود الإحصان
لأنه شرط محض ، والله أعلم بالصواب .

كتاب الوكالة

وهي عبارة عن التفويض والاعتماد ، قال تعالى - ومن يتوكل على الله فهو حسبه - أي
من اعتمد عليه وفوض أمره إليه كفاء ، ورجل وكل إذا كان قليل البطش ضعيف الحركة
يكل أمره إلى غيره فيما ينبغي أن يباشره بنفسه ، وقيل الوكالة في اللغة : الحفظ ، قال
تعالى - حسبنا الله ونعم الوكيل - أي نعم الحافظ . وقال أصحابنا : إذا قال وكلتك في كذا
فهو وكيل في حفظه بقضية اللفظ ، ولا يثبت ما زاد عليه إلا بلفظ آخر ، وأنه قريب من
الأول ، فإن من اعتمد على إنسان في شيء وفوض فيه أمره إليه كان أمرا بحفظه ، لأنه إنما
فعل ذلك لينظر ما هو الأصلح له ، وأصلح الأشياء حفظ الأصل ، لأن التصرفات تبنى
عليه ، وهذه المعاني موجودة في الوكالة الشرعية ، فإن الموكل فوض أمره إلى الوكيل واعتمد
عليه ووثق برأيه ليتصرف له التصرف الأحسن ، وكل ذلك يبنى على الحفظ وهو مشروع
بالكتاب ، وهو قوله تعالى - فابعثوا أحدكم بورككم هذه إلى المدينة - وبالسنه ، وهو
ما صح أنه صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء عروة البارقي ، وفي رواية أخرى : حكيم
ابن حزام ، ووكل في النكاح أيضا عمرو بن أمية الضمري ، وعليه تعامل الناس من لدن
الصدر الأول إلى يومنا من غير نكير ، ولأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة بعض الأفعال
بنفسه فيحتاج إلى التوكيل ، فوجب أن يشرع دفعا للحاجة .

قال (ولا تصح حتى يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام ، والوكيل ممن
يعقل العقد ويقصده) لأن التوكيل استنباط واستعانة ، والوكيل يملك التصرف بتمليك
الموكل ، وتلزمه الأحكام ، فوجب أن يكون الموكل مالكا لذلك لينصح تملكه ، والوكيل
يقوم مقام الموكل في الإيجاب والقبول ، فلا بد أن يكون من أهلها ، فلو وكل صبيا
لا يعقل أو مجنونا فهو باطل ، ولو وكل صبيا عاقلا مأذونا أو عبدا مأذونا أو مجنونا
بأذن مولاه جاز ، وكذلك إذا وكل المسلم ذميا أو بالعكس أو حربيا مستأمنا لما ذكرنا .
قال (وكل عقد جاز أن يعقده بنفسه جاز أن يوكل به) لما ذكرنا من الحاجة (

فَيَجُوزُ بِالْخُصُومَةِ فِي جَمِيعِ الْحُقُوقِ وَإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا الْخُدُودَ (س) وَالْقِصَاصَ
فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهَا مَعَ غِيَبَةِ الْمُوَكَّلِ ، وَلَا يَجُوزُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَاءِ
الْخَصْمِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكَّلُ مَرِيضًا أَوْ مُسَافِرًا ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ
الْوَكِيلُ إِلَى نَفْسِهِ كَالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ إِقْرَارٍ تَتَعَلَّقُ حُقُوقُهُ بِهِ
مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ وَنَقْدِ الثَّمَنِ وَالْخُصُومَةِ فِي الْعَيْبِ وَغَيْرِ ذَلِكَ ، إِلَّا الْعَبْدَ
وَالصَّبِيَّ الْمَحْجُورَيْنِ ، فَتَجُوزُ عَقُودُهُمَا ، وَتَتَعَلَّقُ الْحُقُوقُ بِمُوكَلِّهِمَا .

(فيجوز بالخصومة في جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها) لما ذكرنا من الحاجة لأنه لا يعرف
ذلك كل أحد ، والدليل عليه الحديث المشهور « وعلَّ أحدكم أن يكون ألحن بحجته من بعض »
وعلى رضى الله عنه وكل أخاه عقيلًا وابن أخيه عبد الله بن جعفر . قال (إلا الحدود
والقصاص فإنه لا يجوز استيفاؤها مع غيبة الموكل) لأن احتمال العفو ثابت للنسب إليه وللشفقة
على الجنس ، وأنه شبهة وأنها تندرى بالشبهات ، بخلاف ما إذا حضر لانتفاء هذا الاحتمال .
وقال أبو يوسف : لا يجوز التوكيل باثبات الحدود والقصاص لأنها نيابة ، فيتحرز عنها
في هذا الباب كالشهادة على الشهادة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الحناية سبب الوجوب
والظهور يضاف إلى الشهادة ، والخصومة شرط ، فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق ،
بخلاف الاستيفاء على ما بينا . قال (ولا يجوز بالخصومة إلا برضاء الخصم ، إلا أن يكون
الموكل مريضًا أو مسافرًا) وقالوا : يجوز بغير رضاه ، ومعناه : أنه لا يجب على الخصم إلا
التوكيل عنده وعندهما يجب ، لما روى أن عليًا رضى الله عنه وكل بالخصومة مطلقًا ، ولأنه
توكيل بحق فيجوز كالتوكيل باستيفاء الدين . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة
والسلام « يا علي لا تقض لأحد الخصمين حتى يحضر الآخر » وفي رواية « حتى تسمع
كلام الآخر » فيشترط حضوره أو استماع كلامه ، ولأن الخصومة تلزم المطلوب حتى يجب
عليه الحضور والجواب ، فلا يجوز أن يحمله على غيره بغير رضاه كالدين ، ولأن الناس
يتفاوتون في الخصومة ، فلعل الوكيل يكون أشد خصامًا وأكثر احتجاجًا فيتضرر الخصم
بذلك فلا يلزمه إلا برضاء ، بخلاف المريض العاجز عن الخصومة ، فإنه لا يستحق عليه
الحضور ، وكذلك المسافر ، لأن في تكليفه السفر مشقة فلا يلزمه الحضور فجاز لهما التوكيل ،
ولا فرق في ظاهر الرواية بين الرجل والمرأة البكر والثيب ، واستحسن المتأخرون أن المرأة
إذا كانت مخدرة جاز توكيلها بغير رضاه الخصم لعجزها عن الخصومة بسبب الحياء
والدهشة . قال (وكل عقد يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن إقرار
تتعلق حقوقه به ، من تسليم المبيع ونقد الثمن والخصومة في العيب وغير ذلك ، إلا العبد
والصبي المحجورين فتجوز عقودهما ، وتتعلق الحقوق بموكليهما) لأن الوكيل هو العاقد ،

وَإِذَا سُلِّمَ الْمَبِيعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَا يَرُدُّهُ الْوَكِيلُ بِعَيْبٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَى الْمُوَكَّلِ ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ حَازَ ، وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ فَحَقُّوهُ تَتَعَلَّقُ بِمُوكَّلِهِ : كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَالْعِتْقِ عَلَى مَالٍ وَالْكِتَابَةِ وَالصُّلْحِ عَنْ أَنْكَارٍ وَاهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْإِعَارَةِ وَالْإِيدَاعِ وَالرَّهْنِ وَالْإِقْرَاضِ وَالشَّرِكَةِ وَالْمُضَارَبَةِ .

وَلَا يَفْتَقِرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ إِلَى ذِكْرِ الْمُوَكَّلِ ، وَالْعَاقِدُ الْآخِرُ اعْتَمَدَ رَجُوعَ الْحَقُوقِ إِلَيْهِ ، فَلَوْمْ تَرَجَعَ إِلَيْهِ يَتَضَرَّرُ عَلَى تَقْدِيرِ كَوْنِ الْمُوَكَّلِ مَفْلُوسًا ، أَوْ مِنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى مَطَالِبَتِهِ وَاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ مِنْهُ وَأَنَّهُ مُتَنَفٍّ ، بِخِلَافِ النِّكَاحِ وَأَخْوَاتِهِ فَإِنَّهُ لَا بَدَّ مِنْ ذِكْرِ الْمُوَكَّلِ وَإِسْنَادِ الْعَقْدِ إِلَيْهِ فَلَا ضَرَرَ حِينَئِذٍ ، وَكَذَلِكَ الرَّسُولُ لِأَنَّهُ يُضَيِّفُ الْعَقْدَ إِلَى مَرْسَلِهِ ، وَلِأَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْعَاقِدُ حَقِيقَةً بِكَلَامِهِ ، وَحَكْمًا لِعَدَمِ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى غَيْرِهِ فَيَكُونُ أَصْلًا فِي الْحَقُوقِ ، ثُمَّ يَثْبُتُ الْمَلِكُ لِلْمُوَكَّلِ خِلَافَةً نَظَرًا إِلَى التَّوَكُّلِ السَّابِقِ كَالْعَبْدِ يَتَّهَبُ أَوْ يَصْطَادُ . أَمَّا الصَّبِيُّ وَالْعَبْدُ فَيَنْفَذُ تَصَرُّفَهُمَا لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِهِ ، حَتَّى لَوْ كَانَا مَأْذُونَيْنِ جَازَ عَلَى مَا مَرَّ فِي الْحَجَرِ ، إِلَّا أَنَّ الْحَقُوقَ لَا تَتَعَلَّقُ بِهِمَا لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعَاتِ وَالتَّزَامِ الْعَهْدَةِ لِقُصُورِ أَهْلِيَةِ الصَّبِيِّ وَلِحَقِّ السَّيِّدِ فَيُلْزَمُ الْمُوَكَّلُ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ لَوْ عَلِمَ الْعَاقِدُ الْآخِرُ أَنَّهُ مُحْجُورٌ عَلَيْهِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَلَهُ خِيَارُ الْعَيْبِ لِعَقْدِهِ رَجُوعَ الْحَقُوقِ إِلَى الْعَاقِدِ ، وَقَدْ فَاتَهُ فَيَتَخَيَّرُ . قَالَ (وَإِذَا سُلِّمَ الْمَبِيعُ إِلَى الْمُوَكَّلِ لَا يَرُدُّهُ الْوَكِيلُ بِعَيْبٍ إِلَّا بِإِذْنِهِ) لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْمُوَكَّلِ وَانْتَقَلَ الْمَلِكُ إِلَيْهِ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ مِنْ آخِرٍ . قَالَ (وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَمْتَنِعَ مِنْ دَفْعِ الثَّمَنِ إِلَى الْمُوَكَّلِ) لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّ الْحَقُوقَ رَاجِعَةٌ إِلَى الْوَكِيلِ فَهُوَ أَجْنَبِيٌّ مِنَ الْعَقْدِ (فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ جَازَ) لِأَنَّهُ حَقُّهُ ، وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَطَالِبَ بِهِ ، إِذْ لَا فَائِدَةَ فِي الْأَخْذِ مِنْهُ ثُمَّ يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ لِلْمُشْتَرِي عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ عَلَى الْمُوَكَّلِ تَقَعُ الْمَقَاصَةُ بِدَيْنِ الْمُوَكَّلِ لَمَّا بَيَّنَّا أَنَّهُ حَقُّهُ ، وَتَقَعُ الْمَقَاصَةُ بِدَيْنِ الْوَكِيلِ لَوْ كَانَ وَحْدَهُ ، لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الْإِبْرَاءَ عَنْهُ لَكِنْ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكَّلِ . قَالَ (وَكُلُّ عَقْدٍ يُضَيِّفُهُ إِلَى مُوَكَّلِهِ فَحَقُّوهُ تَتَعَلَّقُ بِمُوكَّلِهِ : كَالنِّكَاحِ وَالْخُلْعِ وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ) فَلَا يَطَالِبُ وَكِيلَ الزَّوْجِ بِالْمَهْرِ ، وَلَا يُلْزَمُ وَكِيلُ الْمَرْأَةِ تَسْلِيمَهَا ، وَلَا يَبْدُلُ الْخُلْعُ ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ سَفِيرٌ ، وَهَذَا لَا بَدَّ لَهُ مِنْ ذِكْرِ الْمُوَكَّلِ وَإِسْنَادِ الْعَقْدِ إِلَيْهِ ، حَتَّى لَوْ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَى نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ وَاقِعًا لَهُ لَا لِلْمُوكَّلِ كَالرَّسُولِ وَالْخُلْعُ ، وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ إِسْقَاطُ كَمَا يَوْجَدُ يَتَلَاشَى فَلَا يُمْكِنُ صُلُوحُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لغيرِهِ (وَ) عَلَى هَذَا (الْعِتْقُ عَلَى مَالٍ وَالْكِتَابَةُ وَالصُّلْحُ عَنْ أَنْكَارٍ وَاهِبَةِ وَالصَّدَقَةُ وَالْإِعَارَةُ وَالْإِيدَاعُ وَالرَّهْنُ وَالْإِقْرَاضُ وَالشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ) لِأَنَّ الْحُكْمَ يَثْبُتُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ بِالْقَبْضِ . وَأَنَّهُ يَبْلَقُ مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْمُوَكَّلِ فَكَانَ

وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ يَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ صِفَتَهُ وَجِنْسَهُ أَوْ مَبْلَغَ ثَمَنِهِ ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ لَهُ ابْتَغِ لِي مَا رَأَيْتَ ، وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ ، فَإِنْ اشْتَرَاهُ بِغَيْرِ النَّقْدَيْنِ أَوْ بِخِلَافِ مَا سَمِيَ لَهُ مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ أَوْ وَكَّلَ آخَرَ بِشِرَائِهِ وَقَعَ الشِّرَاءُ لَهُ ،

سفيرا ، وكذا لو كان وكيلًا من الجانب الآخر لأنه يضيف العقد إلى المالك إلا في الاستقراض فإن التوكيل به باطل ، ولا يثبت الملك فيه للموكل بخلاف الرسول .

فصل

الجهالة ثلاثة أنواع : فاحشة ، ويسيرة ، وبينهما . فالأولى جهالة الجنس كالتوكيل بشراء ثوب أو دابة فإنه لا يصح وإن سمي الثمن ، لأنه لا يمكن الوكيل امتثال ما وكله به لتفاوته تفاوتًا فاحشًا . والثانية جهالة النوع والصفة كالحمار والفرس وقفيز حنطة وثوب هروى ، فإنه يصح وإن لم يقدر الثمن ، لأن الوكيل يقدر على تحصيل مقصوده وتتعين الصفة بحال الموكل ، واختلاف الصفة لا يوجب اختلاف المقصود ، فصار كأنه وكله بشراء ثوب هروى بأي صفة كان وبالثمن المعتاد ، وقد صح « أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للأضحية » . والثالثة التوكيل بشراء عبد أو جارية أو دار إن سمي الثمن صح وإلا فلا ، لأن الجمال منفعة مقصودة من بني آدم ، ويختلف في ذلك الهندي والتركي ، فإذا سمي الثمن ألحقناه بمجهول النوع ، وإن لم يسم ألحقناه بجهالة الجنس لأن بالتسمية يصير معلوم النوع عادة ، فإن ثمن كل نوع معلوم عادة . قال (ومن وكل رجلاً بشراء شيء ينبغي أن يذكر صفته وجنسه أو مبلغ ثمنه) لأن بذلك يصير معلوماً فيقدر الوكيل عليه (إلا أن يقول له : ابتع لي ما رأيت) لأنه فوض الأمر إلى رأيه ، فأى شيء اشترى كان موثماً . قال (وإن وكله بشراء شيء بعينه ليس له أن يشتريه لنفسه) لأن الأمر اعتمد عليه في شرائه فيصير كأنه قد خدعه بقبول الوكالة ليشتريه لنفسه وأنه لا يجوز (فإن اشتراه بغير النقدين أو بخلاف ما سمي له من جنس الثمن أو وكل آخر بشرائه وقع الشراء له) لأنه خالف أمر الموكل فوقع له ، لأن الوكيل بالشراء لا يجوز له أن يشتري إلا بالدرهم والدنانير لأنه المعروف ، والمعروف كالمشروط . وقال زفر : إذا اشتراه بكييل أو وزني يقع للموكل لأنه شراء من كل وجه لتعلقه بالذمة كالنقدين ، بخلاف ما إذا اشتراه بعين لا يثبت في الذمة ، لأنه بيع من وجه شراء من وجه . ولنا أنه ينصرف إلى المتعارف عند الإطلاق وهو النقدان فيتقيد به ، ولو عقد الوكيل الثاني بحضرة الأول لزم

وَأِنْ كَانَ بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَهُوَ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَدْفَعَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ الْمُوَكَّلِ أَوْ يَتَوَيَّ الشَّرَاءَ لَهُ ، وَالْوَكِيلُ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ تُعْتَبَرُ مُفَارَقَتُهُ لِمُفَارَقَةِ الْمُوَكَّلِ ، وَإِنْ دَفَعَ إِلَيْهِ دَرَاهِمَ لِيَشْتَرِيَ بِهَا طَعَامًا فَهُوَ عَلَى الْحَنْظَةِ وَدَقِيقِهَا ، وَقِيلَ إِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً فَعَلَى الْحَنْظَةِ ، وَقَلِيلَةً فَعَلَى الْخُبْزِ ، وَمُتَوَسِّطَةً فَعَلَى الدَّقِيقِ ؛ وَإِنْ دَفَعَ الْوَكِيلُ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ حَبْسُ الْمَبِيعِ حَتَّى يَقْبِضَ الثَّمَنَ ، فَإِنْ حَبَسَهُ وَهَلَكَ فَهُوَ كَالْمَبِيعِ (سز) وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشْرَةِ أَرْطَالٍ لَحْمٍ بِدَرَاهِمٍ فَاشْتَرَى عِشْرِينَ

الموكل لأنه برأيه فلم يكن مخالفا . قال (وإن كان بغير عينه فاشتراه فهو له ، إلا أن يدفع الثمن من مال الموكل ، أو ينوي الشراء له) وهذا لا يخلو ، إما إن أضاف العقد إلى دراهم الأمر أو نقد الثمن من مال الأمر فيقع للأمر عملا بالظاهر ، وإن أضافه إلى دراهم نفسه كان لنفسه عملا بالمعتاد ، فإن الشراء وإضافة العقد إلى دراهمه معتاد غير مستنكر شرعا ، وإن أضافه إلى مطلق الدراهم فإن نواه للأمر فله ، وإن نواه لنفسه فلنفسه ، لأن له أن يعمل لنفسه وللأمر ، وإن تكاذبا في النية يحكم النقص لأنه دليل وإن توافقا على عدم النية ، قال محمد : هو للعائد عملا بالأصل ، وقال أبو يوسف : يحكم النقد لاحتمال الوجهين والوكيل بشراء شيء بعينه يقع العقد والملك للموكل وإن لم يضيف العقد إليه إلا في مسألة ، وهو ما إذا قال لعبد غيره : اشتر لي نفسك من مولاك ، فقال لمولاه : بعني نفسي من فلان ، فباعه فهو للأمر لأنه يصلح وكيلا عنه في ذلك لأنه أجنبي عن ماليته ، وإن وجد به عيبا إن علم به العبد لا يردده ، لأن علم الوكيل كعلم الموكل ، وإن لم يعلم فالرد للعبد ، وإن لم يقل من فلان عتق لأن بيع العبد من نفسه إعتاق . أمره أن يشتري له كرا حنطة من قرية كذا ، فالحمل على الأمر بحريان العادة أو العرف بذلك . قال (والوكيل في الصرف والسلم تعتبر مفارقتة لامفارقة الموكل) لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه ، ومراده الوكالة بالإسلام لا بالقبول ، فانه لا يجوز أن يبيع الوكيل في ذمته على أن يكون الثمن لغيره . قال (وإن دفع إليه دراهم ليشتري بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها) اعتبارا بالعرف (وقيل إن كانت كثيرة فعلى الحنطة ، وقليلة فعلى الخبر ، ومتوسطة فعلى الدقيق) اعتبارا بالعرف أيضا ، وإن كان في موضع يتعارفون أكل غير الحنطة وخبزها فعلى ما يتعارفونه . قال (وإن دفع الوكيل الثمن من ماله فله حبس المبيع حتى يقبض الثمن) لأنه بمنزلة البائع من الموكل حكما حتى يردده الموكل على الوكيل بالعيب ، ولو اختلفا في الثمن تحالفا (فإن حبسه وهلك فهو كالمبيع) لما قلنا . وقال أبو يوسف : كالرهن لأنه حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوسا وهو معنى الرهن . قال (وإن وكله بشراء عشرة أرتال لحم بدرهم فاشترى عشرين

مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل عشرة بنصف درهم . والوكيل
بالبيع يجوز بيعه بالقليل (سم) وبالنسيئة (سم) وبالعرض (سم) ، ويأخذ
بالثمن رهنا (سم) وكفيلاً . ولا يصح ضمانه الثمن عن المشتري ، والوكيل
بالشراء لا يجوز شراؤه إلا بقيمة المثل وزيادة يتغابن فيها ، وما لا يتغابن
فيه في العروض ، في العشرة زيادة نصف درهم ، وفي الحيوان درهم ،
وفي العقار درهمين ،

مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل عشرة بنصف درهم (وقالوا : يلزمه العشرون لأنه أمره
بالشراء بدرهم بناء على أن سعر اللحم عشرة بدرهم فقد زاده خيراً كما إذا وكله ببيع عبده بألف
درهم فباعه بألفين . ولأبي حنيفة رحمه الله : أن المقصود إنما هو اللحم لإخراج الدرهم ،
وقصده تعلق بعشرة أرطال لحم فتبقى الزيادة للوكيل ، بخلاف مسألة العبد ، لأن المقصود
بيعه ، والزائد حصل بدل ملكه فيكون له ، ولو اشترى من لحم يساوى عشرين رطلاً
بدرهم فهو مخالف لعدم حصول المقصود وهو السمين وهذا هزيل فلا يلزمه . قال (والوكيل
بالبيع يجوز بيعه بالقليل وبالنسيئة وبالعرض ، ويأخذ بالثمن رهناً وكفيلاً) وقالوا : لا يجوز
إلا بمثل القيمة حالاً أو بما يتغابن فيه ، ولا يجوز إلا بالأثمان لأن الأمر عند الإطلاق ينصرف
إلى المعتاد ، كما إذا أمره بشراء الفحم يتقيد بالشتاء وبالحمد (١) بالصيف وغير ذلك ،
والمعارف هو ثمن المثل وبالنقدين . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه وكله بمطلق البيع ، وقد أتى
به فيجوز إلا عند التهمة ، على أن البيع بالغبن متعارف عند الحاجة إلى الثمن ، وكذلك البيع
بالغبن عند كراهة المبيع . وعن أبي حنيفة رحمه الله المنع فيما ذكرنا من المسائل ، ولأنه بيع
من كل وجه حتى يحث به في قوله لا يبيع ، وإنما لا يملكه الوصي والأب مع كونه بيعاً ،
لأن ولايتهما نظرية ، ولا نظر في البيع بالغبن . قال (ولا يصح ضمانه الثمن عن المشتري)
لأن الحقوق ترجع إليه فيكون مطالباً ومطالباً وأنه محال . قال (والوكيل بالشراء لا يجوز
شراؤه إلا بقيمة المثل وزيادة يتغابن فيها) لاحتمال التهمة وهو أنه يجوز أنه اشتراه لنفسه
ثم وجدته ، أو غالى الثمن فألحقه بالموكل ولا كذلك في البيع ، لأنه لا يجوز أن يبيعه لنفسه
فلا تهمة ، ولو أنه وكله بشراء شيء بعينه جاز ، لأنه لا يجوز أن يشتريه لنفسه لما مر
فانتفت التهمة ، وكذا الوكيل بالنكاح إذا زوجته بأكثر من مهر المثل جاز على الموكل لانتفاء
التهمة لأنه لا يجوز أن يتزوجها ، بخلاف الوكيل بمطلق الشراء ، وعندهما يتقيد في الكل بثمن
المثل ومهر المثل (وما لا يتغابن فيه في العروض في العشرة زيادة نصف درهم ، وفي
الحيوان درهم ، وفي العقار درهمين) لأن قلة الغبن وكثرته بقلة التصرف وكثرته والتصرف

(١) الحمد بفتح الجيم والميم : الثلج المتجمد اهـ .

وَلَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ فَبَاعَ نِصْفَهُ (سم) جاز (ز) ، وفي الشراءِ يُتَوَقَّفُ ،
فإن اشترى باقيه قبل أن يختصما جاز . ولا يعقد الوكيل مع من لا تقبل
شهادته له إلا أن يبيعه بأكثر من القيمة ، وليس لأحد الوكيلين
أن يتصرف دون رفيقه (س) إلا في الخصومة (ز) والطلاق والعتاق بغير
عوض ، وردّ الوديعة ،

في العروض أكثر ، ثم في الحيوان ، ثم في العقار . قال (ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه
جاز) وقالوا : لا يجوز لما فيه من تعييبه بالشركة ، وله أنه لو باع جميعه بهذا القدر جاز
عنده فهذا أولى ، ولو باع باقيه قبل أن يختصما جاز عندهما ، لأن بيع البعض قد يكون
وسيلة إلى بيع الباقي بأن لا يجد من يشتريه جملة (وفي الشراء يتوقف ، فإن اشترى باقيه قبل
أن يختصما جاز) وقال زفر : إذا اشترى نصفه يقع للوكيل بكل حال لأنه صار مخالفا
بشراء النصف فيقع له ، ويقع الثاني له أيضا . ولنا أن شراء الكل قد يتعذر جملة واحدة بأن
يكون مشتركا بين جماعة فيشترى شقصا شقصا ، فإن اشترى باقيه قبل أن يرد الموكل البيع
تبين أنه اشترى البعض ليتوسل به إلى شراء الباقي فلا يكون مخالفا فينفذ على الموكل .
أمره بالبيع الفاسد جاز ، وقال محمد : لا يجوز للمخالفة فانه أمره ببيع يملك نقضه
ولا يزيل ملكه بالعقد ، وصار كما إذا أمره بالبيع بشرط الخيار فباعه بائنا . ولهما أنه أمره
بالبيع ، وأن يشترط شرطا فاسدا ، والأمر بالبيع صحيح وباشتراط شرط فاسد باطل ، فصار
أمرا بمطلق البيع فينصرف إلى الصحيح ، ولا نسلم أن البيع الفاسد يقدر على نقضه مطلقا
فانه لو باع العبد من قريبه وقبضه عتق عليه ، وكذا قد يزول الملك بنفس العقد بأن يكون
المبيع في يد المشتري . قال (ولا يعقد الوكيل مع من لا تقبل شهادته له إلا أن يبيعه بأكثر
من القيمة) وعندهما يجوز بمثل القيمة إلا من عبده ومكاتبه لعدم التهمة إذ الأملاك بينهم
منقطعة . أما العبد فيقع البيع لنفسه ، وكذا المكاتب لثبوت الحق للمولى في كسبه حال
الكتابة وحقيقة لعجزه . وله أنه موضع تهمة بدليل عدم قبول الشهادة ، وموضع التهمة
مستثنى من الوكالة ، ولأن المنافع بينهم متصلة فشابه البيع من نفسه ، وعلى هذا الخلاف
الإجارة فإذا كان البيع بأكثر من القيمة لاثمة . قال (وليس لأحد الوكيلين أن يتصرف
دون رفيقه إلا في الخصومة) لأنه مارضى إلا برأيهما ، واجتماع الرأي له أثر في توفير المصلحة
أما ما لا تأثير له في اجتماع الرأي فيه وما لا يمكن الاجتماع عليه يجوز أن ينفرد به أحدهما
كالخصومة ، فانه لا يمكن اجتماعهما عليها (والطلاق ، والعتاق بغير عوض ، وردّ الوديعة

وقضاء الدين ، وليس للوكيل أن يوكل إلا بأذن الموكل أو بقوله : اعمل برأيك ، وإن وكل بغير أمره فعقد الثاني بحضرة الأول جاز ، وللموكل عزل وكيله ، ويتوقف على علمه ، وتبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه جنونا مطبقا ، ولحقه بدار الحرب مرتدا . وإذا عجز المكاتب أو حجر

وقضاء الدين) لأن اجتماع الرأي لا تأثير له في ذلك . قال (وليس للوكيل أن يوكل إلا بأذن الموكل أو بقوله اعمل برأيك) لأنه ما رضى إلا برأيه والناس يتفاوتون في الآراء ، فإذا أذن له أو قال اعمل برأيك فقد فوض إليك الأمر مطلقا ورضى بذلك ، فإذا أجاز كان وكلا عن الموكل الأول لأنه يعمل له ولا ينزل بعزل الوكيل الأول ولا بموته ، وهو نظير القاضي إذا استخلف قاضيا ، وقد مر (وإن وكل بغير أمره فعقد الثاني بحضرة الأول جاز) وقال زفر : لا يجوز لأن التوكيل ما صح فصار كما إذا عقد بغيته . ولنا أنه إنما جاز برأيه والموكل راض به ، وكذا إذا عقد في غيبة الأول فأجاز ، وهكذا كل عقد معاوضة ، وما ليس بمعاوضة كالنكاح والطلاق لا يجوز بإجازته ، لأنه لا يتوقف على إجازة الوكيل لأنه سفير لا يتعلق به حقوق العقد ، بل يتوقف على إجازة الموكل وقد عرف . قال (وللموكل عزل وكيله) لأن الوكالة حقه فله أن يبطلها ، إلا أن يتعلق بها حق الغير كالوكالة المشروطة في بيع الرهن ونحوه ، فليس له عزله لما فيه من إبطال حق الغير (ويتوقف على علمه) اعتبارا بنهي صاحب الشرع ، ولأنه لو انزل بدون علمه يتضرر ، لأن الحقوق ترجع إليه فيتصرف في مال الموكل بناء على الوكالة فينقد الثمن ويسلم المبيع فيضمنه ، وأنه ضرر به وهو نظير الحجر على المأذون ، وكذلك لو عزل الوكيل نفسه لا ينزل بدون علم الموكل ، لأنه عقد تم بهما ، وقد تعلق به حق كل واحد منهما ، ففي إبطاله بدون علم أحدهما إضرار به . قال (وتبطل الوكالة بموت أحدهما وجنونه جنونا مطبقا ولحقه بدار الحرب مرتدا) أما الموت فلا يبطال الأهلية ولأن الأمر يبطل بالموت ، وكذلك الجنون ، وكذلك ملك الموكل يزول بموته إلى الورثة ، وللحق مع الردة موت حكما ، ولو جن يوما ويفيق يوما لا يبطل لأنه في معنى الإغماء ، لأنه عجز يحتمل الزوال كالعجز بالنوم والإغماء . وعن أبي يوسف لا ينزل حتى يجن أكثر السنة ، لأنه متى دام كذلك لا يزول غالبا فصار كالموت ، وعن محمد سنة وهو الصحيح ، لأنه إن كان لعله أو مرض يزول أو يتغير في سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة من حرارة الهواء وبرودته وبيسه ورطوبته ، فإذا لم يزل فيها فالظاهر دوامه ، ولو لحق الموكل أو الوكيل بدار الحرب مرتدا ثم عاد لاعتود الوكالة للحكم ببطالها . وقال محمد : تعود كالمريض إذا برأ والمجنون إذا أفاق . قال (وإذا عجز المكاتب أو حجر

على المأذون أو افترق الشريكان بطل توكيلهم ، وإن لم يعلم به الوكيل به الوكيل ؛ وإذا تصرف الموكل فيما وكل به بطلت الوكالة . والوكيل يقبض الدين وكيل بالخصومة (سم) فيه ، والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر ،

على المأذون أو افترق الشريكان بطل توكيلهم وإن لم يعلم به الوكيل (لأن بهذه العوارض لم يبق للموكل مال وانتقل إلى غيره فيقع تصرف الوكيل في مال الغير بغير أمره فلا يجوز وصار كالموت ؛ ولو وكله وقال : كلما عزلت فأنت وكيل صح ويكون لازما ، وطريق عزله أن يقول : عزلت كلما وكلتك ؛ وقيل لا ينزل بذلك ، لأن العزل عن الوكالة المعلقة لا يصح ، والأصح أن يقول : رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلت عن الوكالة المنجز قال (وإذا تصرف الموكل فيما وكل به بطلت الوكالة) والمراد تصرفا يعجز الوكيل عن البيع لأنه عزل حكما ، وذلك كالبيع والهبة مع التسليم والإعتاق والتدبير والكتابة والاستيلاء ، وإذا كان تصرفا لا يعجزه لا ينزل ، كما إذا أذن للعبد في التجارة أو رهنه أو أجره ، لأنه لا يعجزه عن عقد يوجب الملك للمشتري ، ولو وكله ببيع عبد فباعه الموكل بطلت الوكالة ولو باعاه معا . قال محمد : هو للمشتري من الموكل لأنه باع ملكه فكان أولى . وعند أبي يوسف هو بينهما ، لأن بيع الوكيل مثل بيع الموكل عنده ، ألا ترى أنه لو تقدم بطل ببيع الموكل كما إذا تقدم بيع الموكل بطل بيع الوكيل ، وإذا استويا كان بينهما لعدم الأولوية . قال (والوكيل يقبض الدين وكيل بالخصومة فيه) خلافا لهما ، وبقبض العين لا يكون وكلا بالخصومة فيها بالإجماع . لهما أنه ليس كل من يصلح للقبض يعرف الخصومة زيهندي إلى الحاكمة ، فلا يكون الرضى بالقبض رضا بالخصومة . وله أنه وكله بأخذ الدين من ماله ، لأن قبض نفس الدين لا يتصور ، ولهذا قلنا إن الديون تقضى بأمثالها لأن المقبوض ملك المطلوب حقيقة ، وبالقبض يملكه بدلا عن الدين ، فيكون وكلا في حق التملك ، ولا ذلك إلا بالخصومة وصار كالوكيل بأخذ الشفعة ، وثمرته إذا أقام الخصم البينة على استيفاء الموكل أو إبرائه تقبل عنده خلافا لهما أما في العين فهو ناقل لأنها أمانة في يد المطلوب ؛ ولو أقام البينة أن الموكل باعه إياها سمعت في منع الوكيل من القبض دون البيع ، لأن الوكيل ليس بخصم إلا أنها تضمنت إسقاط حقه من القبض فيقتصر عليه ، ونظيره لو وكله بنقل زوجته أو عبده فأقاما البينة على العتق والطلاق سمعت في قصر يده عنهما ، ولا يثبت العتق ولا الطلاق لما قلنا ، والوكيل بطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة يملك الخصومة ، لأنه لا يتوصل إلى ذلك إلا بالخصومة . قال (والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافا لزفر) لأنه رضى بخصومته لا بقبضه ، وليس كل من يصلح للخصومة يؤتمن على القبض . ولنا أن المقصود من الخصومة استيفاء الدين فكان المقصود من الوكالة

وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِ زُفَرٍ ، وَلَوْ أَقَرَّ الْوَكِيلُ عَلَى مُوَكَّلِهِ عِنْدَ الْقَاضِي نَفَذَ ،
وَالْأَفْلَا (س ف) . ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ وَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ
أَمَرَ بِدَفْعِهِ (ف) إِلَيْهِ ، فَإِنْ جَاءَ الْغَائِبُ فَإِنْ صَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ ثَانِيًا
وَرَجَعَ عَلَى الْوَكِيلِ إِنْ كَانَ فِي يَدِهِ ، وَإِنْ كَانَ هَالِكًا لَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ
دَفَعَهُ إِلَيْهِ وَلَمْ يُصَدِّقْهُ ،

الاستيفاء فيملكه (والفتوى على قول زفر) لفساد الزمان وكثرة ظهور الخيانة في الناس ،
والوكيل بالتقاضي يملك القبض بالإجماع ، لأنه لا فائدة للتقاضي بدون القبض . قال (ولو
أقر الوكيل على موكله عند القاضي نفذ وإلا فلا) وقال أبو يوسف : أولا لا ينفذ أصلا
وهو قول زفر ، ثم رجع وقال : يجوز في مجلس القاضي وغيره . لزفر أن الإقرار بضاد
الخصومة ، والشئ لا يتناول ضده كما لا يتناول الصلح والإبراء . ولأبي يوسف أن الوكيل
قائم مقام الموكل فيجوز إقراره عند القاضي وغيره كالموكل . ولهما أنه أقامه مقامه في جواب
هو خصومة فيتقيد بمجلس القاضي ، فاذا أقر في غير مجلسه فقد أقر في حالة ليس وكيلا
فيها . وجواب زفر أنه وكله بالجواب ، والجواب يكون بالإنكار ويكون بالإقرار ، وكما
يملك أحدهما بمطلق الوكالة يملك الآخر فصار كما إذا أقر أنه قبضه بنفسه ، والإقرار
في مجلس القاضي خصومة مجازا ، لأن الخصومة سبب له ، وتبطل وكالته عند من قال
لا يصح إقراره ، لأن الإقرار تضمن إبطال حق الموكل ولا يملكه ، وإبطال حقه في الخصومة
وأنه يملكه فيبطل ، والأب والوصي لا يصح إقرارهما على الصغير بالإجماع ، لأنه لا يصح إقرار
الصغير فكذا نائبه ، ولأن ولايتهما نظرية ولا نظر فيه . وذكر محمد رحمه الله في الزيادات
لو وكله على أن لا يقر جاز من غير فصل . وروى ابن سماعة عن محمد أنه يجوز إن كان
طالباً ، لأنه لا يجبر على الخصومة فيوكل بما يشاء ، وإن كان مطلوبا لا يجوز لأنه يجبر على
الخصومة فلا يوكل بما فيه إضرار بالطالب . قال (ادَّعَى أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ
وَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ أَمَرَ بِدَفْعِهِ إِلَيْهِ) لأنه إقرار على نفسه ، لأن ما يقبضه إنما يقبضه من ماله لما
بيننا أن الديون تقضى بأمثالها (فإن جاء الغائب فإن صدقه وإلا دفع إليه ثانيا) لأنه لما
أنكر الوكالة لم يثبت الاستيفاء (ورجع على الوكيل إن كان في يده) لأنه لم يحصل غرضه
بالدفع وهو براءة ذمته من الديون (وإن كان هالكا لا يرجع) لأنه لما صدقه في الوكالة
فقد اعترف أنه قبضه بحق وأن الطالب ظالم له . قال (إلا أن يكون دفعه إليه ولم يصدقه)
لأنه دفعه رجاء الإجازة ، فاذا لم يحصل له ذلك رجع عليه . وكذلك إن أعطاه مع تكذيبه
إياه ، وكذلك إن أعطاه مع تصديقه وقد ضمنه عند الدفع : أى أخذ منه كفيلا بذلك ،
لأن المسأخوذ ثانيا مضمون على الوكيل في زعمهما فيضمنه ، وفي جميع هذه الوجوه ليس

وَأِنْ ادَّعَى أَنَّهُ وَكَيلُهُ فِي قَبْضِ الْوَدِيعَةِ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَفْعِ إِلَيْهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ ، وَلَوْ قَالَ : مَاتَ الْمُودِعُ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ وَصَدَّقَهُ أُمِيرٌ بِالِدَفْعِ إِلَيْهِ ، وَلَوْ ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُودِعِ وَصَدَّقَهُ لَمْ يَدْفَعْنَاهَا إِلَيْهِ .

كتاب الكفالة

وَهِيَ ضَمٌّ ذِمَّةِ الْكَفِيلِ إِلَى ذِمَّةِ الْأَصِيلِ فِي الْمُطَالَبَةِ ،

للدافع استرداد ما دفع ما لم يحضر الغائب ، لأنه صار حقا للغائب قطعا أو محتملا . قال (وإن ادَّعَى أَنَّهُ وَكَيلُهُ فِي قَبْضِ الْوَدِيعَةِ لَمْ يُؤْمَرْ بِالِدَفْعِ إِلَيْهِ وَإِنْ صَدَّقَهُ) لأنها مال الغير فلا يصدق عليه فلو دفعها ضمن (ولو قال : مَاتَ الْمُودِعُ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ وَصَدَّقَهُ أُمِيرٌ بِالِدَفْعِ إِلَيْهِ) لأنه لما صدقه على الموت فقد انتقل ماله إلى وارثه ، فإذا صدقه أنه الوارث لا وارث له غيره تعين مالكا فيؤمر بالدفع إليه (ولو ادَّعَى الشَّرَاءَ مِنَ الْمُودِعِ وَصَدَّقَهُ لَمْ يَدْفَعْنَاهَا إِلَيْهِ) لأنه مهما كان حيا فملكه باق فلا يصدقان عليه في انتقاله بالبيع ولا بغيره .

كتاب الكفالة

(وهى) فى اللغة : الضم ، قال تعالى - وكفلها زكريا - أى ضمها إلى نفسه ، وقال صلى الله عليه وسلم « أنا وكافل اليتيم كهاتين فى الجنة » أى الذى يضمه إليه فى التربية ، ويسمى النصيب كفلا لأن صاحبه يضمه إليه . وفى الشرع (ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل فى المطالبة) هو الصحيح ، ولهذا يبرأ الكفيل براءة الأصيل لعدم بقاء المطالبة ، ولا يبرأ الأصيل براءة الكفيل لبقاء الدين فى ذمته ، وهى عقد وثيقة وغرامة شرعت لدفع الحاجة ، وهو وصول المكفول له إلى إحياء حقه ، وأكثر ما يكون أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة دل على شرعيتها قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » أى الكفيل ضامن ، وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يتكفلون فأقرهم عليه ، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا هذا من غير نكير . وركنها قول الكفيل : كفلت لك بمالك على فلان ، وقول المكفول له : قبلت . وقال أبو يوسف : القبول ليس بشرط بناء على أنها التزام مطالبة للحال لا غير . وعندهما المطالبة للحال وإيجاب الملك فى المؤدى عند الأداء على ما يأتى فى أثناء المسائل ، وشرطها : كون المكفول به مضمونا على الأصيل مقدور التسليم للكفيل ليصح الالتزام بالمطالبة ويفيد فائدتها ، وأن يكون الدين صحيحا حتى لا تصح الكفالة ببدل الكتابة ، لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئا ، وإنما وجب ضرورة صحة الكتابة نظرا للبعد ليتوصل به إلى العتق . وحكمها : صيرورة ذمة الكفيل مضمومة إلى ذمة

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّبَرُّعَ ، وَتَجُوزُ بِالنَّفْسِ وَالْمَالِ ، وَتَتَعَقَّدُ بِالنَّفْسِ بِقَوْلِهِ : تَكْفَلْتُ بِنَفْسِهِ أَوْ بِرَقَبَتِهِ ، وَبِكُلِّ عَضْوٍ يُعْبَرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ ، وَبِالْحِزْءِ الشَّائِعِ كَالْخُمْسِ وَالْعَشْرِ ، وَبِقَوْلِهِ : ضَمَنْتُهُ ، وَبِقَوْلِهِ : عَلَى ، وَإِلَى ، وَأَنَا زَعِيمٌ ، أَوْ قَبِيلٌ ، وَالْوَاجِبُ إِحْضَارُهُ وَتَسْلِيمُهُ فِي مَكَانٍ يُقْدَرُ عَلَى مُحَاكَمَتِهِ ، فَذَا فَعَلَ ذَلِكَ بَرِيٌّ ، وَلَوْ سَلَّمَهُ فِي مِصْرٍ آخَرَ بَرِيٌّ ، فَانْ شَرَطَ تَسْلِيمَهُ فِي وَقْتٍ مُعَيَّنٍ لَزِمَهُ إِحْضَارُهُ فِيهِ إِذَا طَلَبَهُ مِنْهُ ، فَانْ أَحْضَرَهُ وَإِلَّا حَبَسَهُ الْحَاكِمُ ،

الأصيل في حق المطالبة دون أصل الدين لما مر ، ولا يلزم من لزوم المطالبة على الكفيل وجوب الدين عليه ، ألا ترى أن الوكيل مطالب بالثمن وهو على الموكل حتى لو أبرأ البائع الموكل عن الثمن جاز وسقطت المطالبة عن الوكيل . قال (ولا تصح إلا ممن يملك التبرع) لأنه التزام بغير عوض فكان تبرعاً (وتجوز بالنفس والمال) لما روينا وذكرنا من الحاجة والإجماع ولأنه قادر على التسليم . أما المال فلولايته على مال نفسه . وأما النفس بأن يعلم الطالب بمكانه ويخلى بينهما وبأعوان السلطان والقاضي فيصح دفعا للحاجة . قال (وتنقذ بالنفس بقوله تكفلت بنفسه أو برقبته وبكل عضو يعبر به عن البدن) لأنه صريح بالكفالة بالنفس (وبالحزء الشائع كالخمس والعشر) لأن النفس لا تتجزى ، فذكر البعض ذكر الكل (وبقوله ضمنت) لأنه معنى الكفالة (وبقوله : على ، وإلى) لأنهما بمعنى الإيجاب ، قال عليه الصلاة والسلام « من ترك كلاً أو عيلاً فإلى » أي على « ومات رجل وعليه ديناران فامتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ، فقال على رضي الله عنه : هما على ، فصلى عليه » (و) بقوله (أنا زعيم) للنص (أو قبيل) لأنه بمعنى الكفيل لغة وعرفاً ، وكذا قوله : أنا ضمين ، أو لك عندي هذا الرجل ، أو على أن أوفيك به ، أو أن ألقاك به ، لأن ذلك يؤدي معنى الكفالة . قال (والواجب إحضاره وتسليمه في مكان يقدر على محاكمته) ليفيد تسليمه (فإذا فعل ذلك برى) لأنه أتى بما التزمه وحصل مقصود المكفول له ؛ ولو سلمه في برية لا يبرأ لعدم الفائدة فانه لا يقدر على محاكمته ، وكذلك في السواد لأنه لا حاكم بها ؛ ولو سلمه في المصر أو في السوق برى لقدرته عليه بأعوان القاضي والمسلمين ؛ وقيل لا يبرأ في زماننا لمعاونتهم على منعه منه عادة (ولو سلمه في مصر آخر برى) لقدرته على مخاصمته فيه ، وقال : لا يبرأ لأن شهوده قد لا يكونون فيه ، قلنا : وقد يكونون فيه . قال (فان شرط تسليمه في وقت معين لزمه إحضاره فيه إذا طلبه منه) إلزاماً له بما التزم (فان أحضره وإلا حبسه الحاكم) لأنه صار ظالماً بمنعه الحق ، وقيل لا يحبس أول مرة لأنه مآظهر ظلمه ؛ وهذا إذا كان المكفول به حاضراً ؛

فَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ وَكَمْ يُحْضِرُهُ حَبْسَهُ ، وَإِذَا حَبَسَهُ وَثَبَّتْ عِنْدَ الْقَاضِي عَجْزُهُ عَنْ إِحْضَارِهِ خَلَّى سَبِيلَهُ ، وَإِذَا كَمْ يَعْلَمُ مَكَانَهُ لَا يُطَالِبُ بِهِ ، وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الْكَفِيلِ وَالْمَكْفُولِ بِهِ دُونَ الْمَكْفُولِ لَهُ ؛ وَإِنْ تَكْفَّلَ بِهِ إِلَى شَهْرِ فَسَلَّمَهُ قَبْلَ الشَّهْرِ بَرَأ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ كَمْ أُوفِّكَ بِهِ فَعَلَى الْأَلْفِ الَّتِي عَلَيْهِ فَلَمْ يُؤَفَّ بِهِ ، فَعَلَيْهِ الْأَلْفُ وَالْكَفَالَةُ بَاقِيَةٌ ؛ وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا حَتَّى لَا تَصِحَّ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالسَّعَايَةِ وَالْأَمَانَاتِ وَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ ،

فَلَوْ كَانَ غَائِبًا أَهْلُهُ الْحَاكِمُ مَدَّةَ ذَهَابِهِ وَإِيَابِهِ (فَإِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ وَلَمْ يُحْضِرْهُ حَبْسَهُ) لَا مَتَاعَ مِنْ إِيْفَاءِ الْحَقِّ (وَإِذَا حَبَسَهُ وَثَبَّتْ عِنْدَ الْقَاضِي عَجْزُهُ عَنْ إِحْضَارِهِ خَلَّى سَبِيلَهُ) وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الَّذِي حَبَسَهُ ، وَإِنْ شَاءَ لَازِمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي مَلَاذِمَتِهِ تَقْوِيَتْ قُوَّتُهُ وَقُوَّةُ عِيَالِهِ فَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ وَيُخْلِيهِ (وَإِذَا لَمْ يَعْلَمْ مَكَانَهُ لَا يُطَالِبُ بِهِ) لِعَجْزِهِ عَنْ إِحْضَارِهِ فَصَارَ كَالْمَوْتِ ، إِلَّا أَنْ فِي الْمَوْتِ تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ أَصْلًا لِلتَّيَقُنِ بِالْعَجْزِ ، وَهَذَا لَا لِاحْتِمَالِ الْقُدْرَةِ بِالْعِلْمِ بِمَكَانِهِ ، وَلَوْ ارْتَدَّ الْمَكْفُولُ بِهِ وَلَحِقَ بِدَارِ الْخَرْبِ إِنْ عِلِمَ الْقَاضِي أَنَّهُ يُمْكِنُهُ دُخُولُ دَارِ الْحَرْبِ وَإِحْضَارُهُ فَهُوَ كَالْغِيَةِ الْمَعْلُومَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَا يُمْكِنُهُ فَكَالْغِيَةِ الْمَجْهُولَةِ ، وَلَا تَبْطُلُ الْكَفَالَةُ لِأَنَّهُ مُطَالِبٌ بِالتَّوْبَةِ وَالرَّجُوعِ مُمْكِنٌ ، فَيُمْكِنُ الْكَفِيلُ إِحْضَارَهُ بَعْدَ رُدِّهِ كَالْغِيَةِ الْمَجْهُولَةِ . قَالَ (وَتَبْطُلُ بِمَوْتِ الْكَفِيلِ وَالْمَكْفُولِ بِهِ دُونَ الْمَكْفُولِ لَهُ) أَمَّا الْكَفِيلُ فَلِعَجْزِهِ ، وَالْوَرِثَةُ لَمْ يَتَكْفَلُوهُ وَإِنَّمَا يَخْلَفُونَهُ فِيمَا لَهُ لَافِيًا عَلَيْهِ . وَأَمَّا الْمَكْفُولُ بِهِ فَلَمَّا مَرَّ ، بِخِلَافِ الْمَكْفُولِ لَهُ ، لِأَنَّ الْكَفِيلَ غَيْرَ عَاجِزٍ وَالْوَرِثَةَ يَخْلَفُونَ الْمَكْفُولَ لَهُ فِي الْمَطَالِبَةِ لِأَنَّهُ حَقُّهُ ، قَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَنْ تَرَكَ مَالًا أَوْ حَقًّا فَلِوَرِثَتِهِ » قَالَ (وَإِنْ تَكْفَّلَ بِهِ إِلَى شَهْرِ فَسَلَّمَهُ قَبْلَ الشَّهْرِ بَرَأ) لِتَعْجِيلِ الدِّينِ الْمَوْجَلِ وَهَذَا لِأَنَّ التَّأْجِيلَ حَقُّهُ فَلَهُ إِسْقَاطُهُ . قَالَ (وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أُوفِّكَ بِهِ فَعَلَى الْأَلْفِ الَّتِي عَلَيْهِ فَلَمْ يُؤَفَّ بِهِ فَعَلَيْهِ الْأَلْفُ) لِصِحَّةِ التَّعْلِيقِ وَوُجُودِ الشَّرْطِ (وَالْكَفَالَةُ بَاقِيَةٌ) لِأَنَّهُ لَا مَنَافَاةَ بَيْنَ الْكَفَالَتَيْنِ ، وَلَا حَتَمًا أَنْ يَكُونَ عَلَيْهِ حَقٌّ آخَرَ غَيْرَ الْأَلْفِ ؛ وَلَوْ قَالَ الطَّالِبُ : لَاحِقٌ لِي قَبْلَ الْمَكْفُولِ بِهِ فَعَلَى الْكَفِيلِ تَسْلِيمُهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ وَصَّى أَوْ وَكَّلَ ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ كَفِيلًا آخَرَ لَمْ يَبْرَأِ الْأَوَّلُ لِعَدَمِ الْمَنَافَاةِ ، وَإِذَا سَلَّمَهُ الْكَفِيلُ إِلَيْهِ بَرَأ ، وَإِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ الطَّالِبُ كَإِيْفَاءِ الدِّينِ ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَهُ وَكِيلُهُ أَوْ رَسُولُهُ لِقِيَامِهِمَا مَقَامَهُ ، وَكَذَا إِذَا سَلَّمَ الْمَكْفُولُ بِهِ نَفْسَهُ عَنْ كِفَالَتِهِ لِأَنَّ الْحَقَّ عَلَيْهِ وَهُوَ مُطَالِبٌ بِالْخَصُومَةِ فَلَهُ الدَّفْعُ عَنْهُ كَالْمَكْفُولِ بِالْمَالِ . قَالَ (وَالْكَفَالَةُ بِالْمَالِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ دَيْنًا صَحِيحًا حَتَّى لَا تَصِحَّ بِبَدَلِ الْكِتَابَةِ وَالسَّعَايَةِ وَالْأَمَانَاتِ وَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) لَمَّا بَيَّنَّاهُ فِي أَوَّلِ الْكِتَابِ ، وَسِوَاهُ

وَإِذَا صَحَّتِ الْكِفَالَةُ فَالْمَكْفُولُ لَهُ إِنْ شَاءَ طَالِبُ الْكَفِيلِ وَإِنْ شَاءَ طَالِبُ الْأَصِيلِ وَلَوْ شَرَطَ عَدَمَ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ فَهِيَ حَوَالَةٌ كَمَا إِذَا شَرَطَ فِي الْحَوَالَةِ مُطَالَبَةَ الْمُحِيلِ تَكُونُ كِفَالَةً ، وَتَجُوزُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَبَغْيَرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِأَمْرِهِ فَأَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَتْ بِغْيَرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ وَإِذَا طُوبِلَ الْكَفِيلُ وَلُوزِمَ طَالِبُ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَلَا زَمَهُ ، وَإِنْ أَدَّى الْأَصِيلُ أَوْ أَبْرَاهُ رَبُّ الدَّيْنِ بَرَأَ الْكَفِيلُ ، وَإِنْ أُبْرِيَ الْكَفِيلُ لَمْ يَبْرَأِ الْأَصِيلُ ، وَإِنْ أُخِّرَ عَنِ الْأَصِيلِ تَأَخَّرَ عَنِ الْكَفِيلِ وَبِالْعَكْسِ لَا ، وَإِنْ قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرِئْتُ إِلَى مِنَ الْمَالِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ ،

كَانَ الْمَكْفُولُ بِهِ مَعْلُومًا أَوْ مَجْهُولًا كَقَوْلِهِ : تَكْفَلْتُ بِمَالِكَ عَلَيْهِ ، أَوْ بِمَا يَدْرَكَكَ ، لِأَن مَبْنَاهَا عَلَى التَّوَسُّعِ فَتَحْتَمِلُ فِيهَا هَذِهِ الْجِهَالَةَ الْيَسِيرَةَ (وَإِذَا صَحَّتِ الْكِفَالَةُ فَالْمَكْفُولُ لَهُ ، إِنْ شَاءَ طَالِبُ الْكَفِيلِ ، وَإِنْ شَاءَ طَالِبُ الْأَصِيلِ) لِمَا بَيْنَا مِنَ الضَّمِّ ، وَلَهُ مُطَالَبَتُهُمَا جَمْعًا وَتَفْرِيقًا لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الضَّمِّ ، بِخِلَافِ الْغَضَبِ إِذَا اخْتَارَ الْمَالِكُ تَضْمِينَ أَحَدِ الْغَاصِبِينَ لَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةُ الْآخَرِ ، لِأَنَّهُ لِمَا اخْتَارَ تَضْمِينَ فَقَدْ مَلَكَهُ الْعَيْنُ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَمْلِكَهَا لِلْآخَرِ . قَالَ (وَلَوْ شَرَطَ عَدَمَ مُطَالَبَةِ الْأَصِيلِ فَهِيَ حَوَالَةٌ) لَوْجُودُ مَعْنَاهَا (كَمَا إِذَا شَرَطَ فِي الْحَوَالَةِ مُطَالَبَةَ الْمُحِيلِ تَكُونُ كِفَالَةً) لَوْجُودُ مَعْنَى الْكِفَالَةِ وَالْعَبْرَةُ لِلْمَعْنَى . قَالَ (وَتَجُوزُ بِأَمْرِ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَبَغْيَرِ أَمْرِهِ) لِأَنَّهُ لَزَامَ عَلَى نَفْسِهِ لَيْسَ عَلَى غَيْرِهِ فِيهِ ضَرَرٌ (فَإِنْ كَانَتْ بِأَمْرِهِ فَأَدَّى رَجَعَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنَهُ بِأَمْرِهِ (وَإِنْ كَانَتْ بِغْيَرِ أَمْرِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ . قَالَ (وَإِذَا طُوبِلَ الْكَفِيلُ وَلُوزِمَ طَالِبُ الْمَكْفُولِ عَنْهُ وَلَا زَمَهُ) وَيَقُولُ لَهُ أَدِّ إِلَيْهِ ، وَلَا يَقُولُ لَهُ أَدِّ إِلَيَّ ، وَكَذَا يُجْبَسُ إِذَا حَبَسَهُ ، لِأَن مَالِحَقَهُ بِسَبَبِهِ فَيَأْخُذُهُ بِمِثْلِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ قَبْلَ ذَلِكَ ، لِأَنَّهُ مَا لَزَمَهُ بِسَبَبِهِ شَيْءٌ . قَالَ (وَإِنْ أَدَّى الْأَصِيلُ أَوْ أَبْرَاهُ رَبُّ الدَّيْنِ بَرَأَ الْكَفِيلُ) لِأَنَّهُ تَبَعَ وَلِأَن الْكِفَالَةَ بِالْدَّيْنِ وَلَا دِينَ مَحَالٌ (وَإِنْ أُبْرِيَ الْكَفِيلُ لَمْ يَبْرَأِ الْأَصِيلُ) لِأَن الدَّيْنَ عَلَى الْأَصِيلِ ، وَبِقَاوُهُ عَلَيْهِ بَدُونِ مُطَالَبَةِ الْكَفِيلِ جَائِزٌ (وَإِنْ أَخَّرَ عَنِ الْأَصِيلِ تَأَخَّرَ عَنِ الْكَفِيلِ وَبِالْعَكْسِ لَا) لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ مُؤَقَّتٌ فَيَعْتَبَرُ بِالْإِبْرَاءِ الْمَطْلُوقِ ؛ فَإِنْ صَالَحَ الْكَفِيلُ رَبَّ الدَّيْنِ مِنَ الْأَلْفِ عَلَى خَمْسِمِائَةٍ بَرِئَ هُوَ وَالْأَصِيلُ ، لِأَنَّهُ لِمَا أَضَافَهُ إِلَى الدَّيْنِ وَهُوَ عَلَى الْأَصِيلِ بَرِئَ الْأَصِيلُ فَيَبْرَأُ الْكَفِيلُ ، ثُمَّ يَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْأَصِيلِ بِخَمْسِمِائَةٍ إِنْ كَانَتْ الْكِفَالَةُ بِأَمْرِهِ ، وَلَوْ صَالَحَ بِخِلَافِ جِنْسِ الدَّيْنِ رَجَعَ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ لِأَنَّهُ مُبَادَلَةٌ ، وَلَوْ صَالَحَهُ عَمَّا اسْتَوْجِبَ بِالْكَفَالَةِ لَا يَبْرَأُ الْأَصِيلُ ، لِأَنَّهُ إِبْرَاءٌ لَهُ عَنِ الْمَطَالَبَةِ . قَالَ (وَإِنْ قَالَ الطَّالِبُ لِلْكَفِيلِ بَرِئْتُ إِلَى مِنَ الْمَالِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الْأَصِيلِ) لِأَنَّهُ أَضَافَ الْبِرَاءَةَ إِلَى فِعْلِ الْمَطْلُوبِ وَلَا يَمْلِكُ

وإن قال : أبرأتك لم يرجع ، ولا يصح تعليق البراءة منها بشرط ،
وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سؤم الشراء
والمغصوب والمبيع فاسداً ، ولا تصح بالمضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون
ولا تصح إلا بقبول المكفول له (ف) في المجلس (س) إلا إذا قال المريض
لوارثه : تكفل بما على من الدين ، فتكفل والغريم غائب فيصح ،
ولو قال لأجنبي فيه اختلاف المشايخ ، ولا تصح الكفالة عن الميت (سم)
المفلس (ف) ؛

ذلك إلا بالأداء فيرجع (وإن قال : أبرأتك لم يرجع) لأنه إسقاط حتى لا تعلق له بغيره ؛
ولو قال : برئت رجع عند أبي يوسف ، لأنها براءة ابتداؤها من المطلوب وذلك بالإيفاء .
وقال محمد : لا يرجع لأنه يحتمل الوجهين فلا يرجع بالشك ، وهذا كله إذا غاب الطالب
أما إذا كان حاضراً يرجع إليه لأنه هو المحمل . قال (ولا يصح تعليق البراءة منها بشرط)
كما في سائر البراءات ؛ وقيل يجوز لأن الكفيل إنما عليه المطالبة ولهذا لا يرتد إبراؤه بالرد ،
بخلاف سائر الإبراءات فإنها تملك فلا تصح مع التعليق . وبخلاف براءة الأصيل لأنها تملك
حتى ترتد بالرد . قال (وتصح الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها كالمقبوض على سؤم
الشراء والمغصوب والمبيع فاسداً) لأنه يجب تسليم عينه حال بقائه ، وقيمته حال هلاكه ،
فكان مقدور التسليم فيصح (ولا تصح بالمضمونة بغيرها كالمبيع والمرهون) لأنه لو هلك
لا يجب شيء بل يفسخ البيع ويسقط الدين فهذا لا يصح ، وقيل يصح وهو الأصح ،
وتبطل بالهلاك للقدرة قبل الهلاك والعجز بعده . قال (ولا تصح إلا بقبول المكفول له
في المجلس) وعن أبي يوسف روايتان : في رواية : يتوقف على إجازته كسائر تصرفات
الفضولي . وفي رواية : يجوز مطلقاً لأنه التزام لا ضرر فيه على الطالب فيستبد الكفيل به ،
وفيه نفع للطالب لانضمام ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة . ولهما أنه تملك المطالبة
فيشترط فيه القبول في المجلس كما في سائر التملكات . قال (إلا إذا قال المريض لوارثه
تكفل بما على من الدين ، فتكفل والغريم غائب فيصح) ثم قيل هو وصية حتى لا تصح
إذا لم يكن له مال ، وقيل تصح لحاجته إلى إبراء ذمته فقام مقام الطالب ، وفيه نفع للطالب .
(ولو قال) ذلك (لأجنبي فيه اختلاف المشايخ) قال (ولا تصح الكفالة عن الميت المفلس)
وقالا : تصح لأنه دين ثابت وجب للطالب ولم يسقطه فلا يسقط بالموت . ألا ترى أنه
لو كان له مال أو كان كفيلاً به لا يسقط ؟ وكذا لو تبرع إنسان به صح ، ولو سقط بالموت
لما ثبتت هذه الأحكام . وله أنه يسقط بموته لأنه عبارة عن المطالبة وهي فعل ، ولهذا

وَيَجُوزُ تَعْلِيْقُ الْكِفَالَةِ بِشَرْطٍ مُلَاثِمٍ كَشَرْطِ وَجُوبِ الْحَقِّ ، وَهُوَ قَوْلُهُ :
 مَا بَايَعْتَ فَلَنَا فَعَلَيْ ، أَوْ مَا ذَابَ لَكَ عَلَيْهِ فَعَلَيْ أَوْ مَا غَضَبَكَ فَعَلَيْ ،
 أَوْ بِشَرْطِ إِمْكَانِ الْإِسْتِيفَاءِ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ قَدِمَ فَلَانٌ فَعَلَيْ وَهُوَ مَكْفُولٌ
 عَنْهُ ، أَوْ بِشَرْطِ تَعَذُّرِ الْإِسْتِيفَاءِ كَقَوْلِهِ : إِنْ غَابَ فَعَلَيْ ، وَلَا يَجُوزُ
 بِمَجَرَّدِ الشَّرْطِ كَقَوْلِهِ : إِنْ هَبَّتِ الرِّيحُ أَوْ جَاءَ الْمَطَرُ ، فَلَوْ جَعَلَهُمَا أَجَلًا
 بَأَنْ قَالَ : كَفَلْتُهُ إِلَى مَجِيءِ الْمَطَرِ أَوْ إِلَى هُبُوبِ الرِّيحِ لَا يَصِحُّ ، وَيَجِبُ الْمَالُ
 حَالًا ، فَإِنْ قَالَ : تَكَفَّلْتُ بِمَا لَكَ عَلَيْهِ فَقَامَتِ الْبَيِّنَةُ بِشَيْءٍ لَزِمَهُ ،
 وَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ بَيِّنَةٌ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْكَفِيلِ ، وَلَا يُسْمَعُ قَوْلُ الْأَصِيلِ
 عَلَيْهِ ، وَلَا تَصِحُّ الْكِفَالَةُ بِالْحَمْلِ عَلَى دَابَّةٍ بَعِيْنَهَا ، وَتَصِحُّ بِغَيْرِ
 عَيْنِهَا .

توصف بالوجوب ، إلا أنه يثول إلى المال وقد عجز بنفسه وخلفه فيسقط ضرورة فوات
 عاقبة الاستيفاء . أما إذا كان له مال أو به كفيل فهو قادر بخلفه ، ولأنه يفضى إلى الأداء
 فلا تفوت العاقبة ، والتبرع لا يعتمد بقاء الدين . قال (ويجوز تعليق الكفالة بشرط ملاثم
 كشرط وجوب الحق ، وهو قوله : ما بايعت فلانا فعلى ، أو ما ذاب لك عليه فعلى ،
 أو ما غضبك فعلى ، أو بشرط إمكان الاستيفاء كقوله : إن قدم فلان فعلى وهو مكفول
 عنه ، أو بشرط تعذر الاستيفاء كقوله : إن غاب فعلى) والأصل فيه قوله تعالى - ولمن
 جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ، وأنه في معنى
 ما ذكرنا من الشروط (ولا يجوز بمجرد الشرط كقوله : إن هبت الريح أو جاء المطر)
 لأنها جهالة فاحشة (فلو جعلهما أجلا بأن قال : كفلته إلى مجيء المطر أو إلى هبوب الريح
 لا يصح) الأجل (ويجب المال حالا) لأن الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح
 والطلاق ، وشرط الخيار في الكفالة جائز ، وهي أقبل للخيار من البيع حتى يقبل الخيار
 أكثر من ثلاثة أيام ، لأنه لما صحّ تعليقه بالشرط فلأن يصحّ بشرط الخيار فيه أولى ؛ فلو
 أقرّ بكفالة مؤجلة لزمته الكفالة ، ولا يصدق في الأجل إلا بتصديق الطالب كما في الإقرار
 بالدين . قال (فإن قال : تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بشيء لزمه) لأن الثابت بالبينة
 كالمعائن حكما (وإن لم تكن له بينة فالقول قول الكفيل) لأنه ينكر الزيادة (ولا يسمع
 قول الأصيل عليه) لأنه لإقرار على الغير ويلزمه في حق نفسه لما عرف . قال (ولا تصحّ
 الكفالة بالحمل على دابة بعينها ، وتصحّ بغير عينها) لأنه مقدور له على أي دابة شاء ،

عَلَيْهِمَا دَيْنٌ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ الْآخَرِ ، فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ عَلَى صَاحِبِهِ حَتَّى يَزِيدَ عَلَى النِّصْفِ فَيَرْجِعُ بِالزِّيَادَةِ ، فَإِنْ تَكَفَّلَا عَنْ رَجُلٍ وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ عَنْ الْآخَرِ ، فَمَا أَدَّاهُ أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهِ عَلَى الْآخَرِ ، وَإِنْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ خَرَّاجَهُ وَقِسْمَتَهُ وَنَوَائِبَهُ جَازَ إِنْ كَانَتِ النُّوَائِبُ بِحَقٍّ ، كَكَرْيِ النَّهْرِ ، وَأُجْرَةِ الْحَارِسِ ، وَتَجْهِيزِ الْجَيْشِ وَفِدَاءِ الْأَسَارَى ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بِحَقٍّ كَالْجَبَايَاتِ ، قَالُوا : تَصِحُّ فِي زَمَانِنَا .

بخلاف المعينة ، لأنها لو ماتت عجز عن ذلك ، وكذا لو تكفل بخدمة عبد بعينه أو بخياطة خياط بيده ، لأن فعله لا يقوم مقام فعل غيره ، فإن تكفل بتسليم العبد أو الخياط أو بفعل الخياطة جاز لأنه مقدور له ، فإن المستحق مطلق الخياطة ، فأى خياطة وجدت حصل المكفول به ؛ ولو ضمن لامرأة عن زوجها بنفقة كل شهر جاز ، وليس له الرجوع عن الضمان في رأس الشهر ؛ ولو ضمن أجرة كل شهر في الإجارة فله أن يرجع في رأس الشهر ، والفرق أن السبب في النفقة لم يتجدد عن رأس الشهر بل تجب في الشهر كلها بسبب واحد ، وسبب الأجرة في الإجارة يتجدد في كل شهر لتجدد العقد ، فله أن يرجع عن الكفالة المستقبلية . قال (عليهما دين ، وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ، فما أدَّاه أحدهما لم يرجع على صاحبه حتى يزيد على النصف فيرجع بالزيادة) لأنه أصيل في النصف كفيل في النصف ، والكفالة تبع فتقع عن الأصيل إذ هو الأولى والأهم ، ثم ما يؤدّيه بعد ذلك فهو عن الكفالة لتعيينها فيرجع به لما مر . قال (فإن تكفلا عن رجل وكل واحد منهما كفيل عن الآخر ، فما أدَّاه أحدهما رجع بنصفه على الآخر) لأن ما يلزم كل واحد منهما إنما لزمه بالكفالة لأنه كفّل عن شريكه بالجميع وعن الأصيل بالجميع ، فما أدَّاه أحدهما وقع شائعا عنهما لعدم الأولوية ، إذ الكل كفالة ، بخلاف المسألة الأولى ثم يرجعان على الأصيل ، لأنهما أدّيا عنه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه . قال (وإن ضمن عن رجل خراجَه وقسمته ونوائبه جاز إن كانت النوائب بحق ، ككرى النهر ، وأجرة الحارس ، وتجهيز الجيش ، وفداء الأسارى) أما الخراج فلأنه دين مطالب به يمكن استيفاؤه فيصح : وأما ما ذكر من النوائب فقد صارت كالدين . وأما القسمة فهي حصّة من النوائب التي صارت معلومة لهم موظفة عليهم كالديون ، وباقي النوائب ما ليس بمعلوم (وإن لم تكن بحق كالجبايات فالوا : تصح في زماننا) لأنها صارت كالديون حتى قالوا : لو أخذ من المزارع جبّرا له أن يرجع على المالك . والكفالة بالدرك جائزة ،

وهو التزام تسليم الثمن عند استحقاق المبيع ، لأن المقصود تأكيد أحكام البيع وتقريرها ، ولو استحق المبيع لم يؤخذ الكفيل حتى يقضى على البائع ، لأن البيع لا ينتقض إلا بالقضاء ، فلعل المستحق يجيزه فلا يلزم البائع نقد الثمن فلا يجب على الكفيل ، ولو قضى على المشتري بالاستحقاق فهو قضاء على البائع لأنه خصم عنه ، فيؤخذ الكفيل ؛ والضمان بالعهد باطل ، لأن العهدة تحتل الدرك وغيره فكان مجهولا . أما الدرك فيستعمل في ضمان الاستحقاق . وعن أبي يوسف أن العهدة كالـدرك ، لأنه ترجع استعمالها في ضمان الدرك عادة وعرفا .

تم الجزء الثاني من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الثالث ، وأوله : كتاب الحوالة

فهرس

الجزء الثاني من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٣٨ فصل إذا استصنع شيئاً جاز استحسانه	٢ كتاب البيوع
٣٩ باب الصرف	٤ ما ينعقد به البيع
٤٢ كتاب الشفعة	ركنه وشرطه وثمرته
ما تكون فيه الشفعة	٦ شروط صحة البيع
٤٣ متى تجب الشفعة ، ومتى تستقر ، ومتى تملك ؟	٨ بيع المبيع قبل قبضه
٤٧ فصل فيما يبطل الشفعة	١١ فصل في الإقالة وأحكامها
٥٠ كتاب الإجارة	١٢ باب الخيارات
٥٣ فصل في أنواع الأجراء وحكم الأجير المشترك	١٣ من له الخيار ومن لا خيار له
٥٤ الأجير الخاص وأحكامه	خيار الشرط وأحكامه
٥٥ فصل فيما تستحق به الأجرة	١٥ ما يسقط به خيار الشرط
٥٧ فصل في بيان ما يجب إذا فسدت الإجارة	خيار الرؤية وأحكامه
٦١ فصل فيما تنفسخ به الإجارة	١٦ ما يسقط خيار الرؤية
٦٢ كتاب الرهن	١٧ بيع الفضولي وسائر تصرفاته
٦٧ فصل في صحة رهن الدراهم والدنانير	١٨ فصل في أن مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع
٦٩ فصل في حكم الرهن إذا باعه الراهن	خيار العيب وأحكامه
٧٢ فصل في أن جنابة الراهن على الرهن مضمونة	٢١ فصل في الثلجثة وأنواعها
كتاب القسمة	٢٢ باب البيع الفاسد وأحكامه
٧٥ فصل إذا طلب أحد الشركاء القسمة وكل منهم ينتفع بنصيبه قسم بينهم	٢٨ باب التولية ، والمراجعة ، والوضيعة
٧٨ فصل فيما ينبغي أن يفعله القاسم	٣٠ باب الربا
	أنواع الربا ، وعلة حرمة كل نوع منها
	٣٣ باب السلم
	٣٤ بيان ما يصح السلم فيه وما لا يصح

صفحة	صفحة
١١٩ فصل إذا اختلفا في الثمن أو المبيع فأيهما أقام البينة فهو أولى	٧٩ فصل في أن المهايأة جائزة استحسانا
١٢٤ فصل في دعوى النسب	٨١ كتاب أدب القاضي
١٢٦ فصل في حكم قولين متناقضين صدرًا من المدعى عند الحاكم	٨٢ من يولى القضاء ؟
١٢٧ كتاب الإقرار	٨٤ يجوز قضاء المرأة فيما تقبل فيه شهادتها
١٣٢ فصل في حكم الاستثناء في الإقرار	ما ينبغي للقاضي أن يفعله بعد توليته
١٣٦ فصل في ديون الصحة ، وما لزمه في مرضه بسبب معروف مقدم على ما أقر به في مرضه	٨٧ فصل وإذا رفع إليه قضاء قاض أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة المشهورة أو الإجماع
١٣٩ كتاب الشهادات	٨٩ الدليل على وجوب حبس من عليه الدين ، ومتى يجوز
١٤٣ فصل يجوز أن يشهد بكل ما سمعه أو أبصره من الحقوق والعقود	٩١ فصل يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في كل حق لا يسقط بالشبهة
١٤٦ فصل في أن كل من ردت شهادته لمانع ثم زال فادّأها قبلت	٩٢ فصل فيما يجوز فيه التحكيم وما لا يجوز فيه
١٥٠ فصل في أن الجرح مقدم على التعديل	٩٤ كتاب الحجر وأسبابه
فصل في جواز الشهادة على الشهادة فيما لا يسقط بالشبهة	١٠٠ كتاب المأذون له في التجارات
١٥٣ باب الرجوع عن الشهادة وما يترتب عليه	١٠٤ كتاب الإكراه
١٥٦ كتاب الوكالة	١٠٩ كتاب الدعوى
١٥٩ فصل في أن الجهالة ثلاثة أنواع	١١٠ شروط الدعوى وحكمها
١٦٠ ما يضيفه الوكيل إلى نفسه وإلى الموكل ، ومتى ترجع الحقوق إلى الوكيل ، ومتى ترجع إلى الموكل	١١٢ ما لا يستحلف عليه وما يستحلف عليه
١٦٦ كتاب الكفالة وأنواعها	١١٣ متى يثبت نكول المدعى عليه عن اليمين
	١١٦ فصل في أن بينة الخارج أولى من بينة ذى اليد على مطلق الملك